

GÖTTINGER RECHTSWISSENSCHAFTLICHE STUDIEN

Herausgegeben von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen

BAND 66

Peter Badura

Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates

Methodische Überlegungen
zur Entstehung des wissenschaftlichen Verwaltungsrechts



VERLAG OTTO SCHWARTZ & CO · GÖTTINGEN 1967

DAS VERWALTUNGSRECHT DES LIBERALEN RECHTSSTAATES

Methodische Überlegungen
zur Entstehung des wissenschaftlichen Verwaltungsrechts

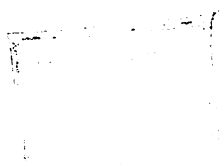
VON

DR. PETER BADURA

ordentlicher Professor an der Universität Göttingen



VERLAG OTTO SCHWARTZ & CO · GÖTTINGEN 1967



sd 22/5277

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

S. 11

1870 gab es eine Wissenschaft vom Verwaltungsrecht nicht (trotz Pözl, Lehrbuch d. Bayer. Verwaltungsrechts, 1856; ²1858; ³1871 — F. F. Mayer, Grundzüge, 1857; Grundsätze, 1862 — E. Meier, Verwaltungsrecht, 1870; ²1873: usf. — L. v. Stein, Verwaltungslehre, 1865—1884; ²1869—1883) — Wissenschaftliche Bearbeitung setzt Profession und System voraus, d. h. für das Verwaltungsrecht die Erarbeitung des Allgemeinen Teils.

1900 ist das Verwaltungsrecht eine etablierte Wissenschaft: 1881 Einführung der Vorlesung Verwaltungsrecht in Preußen; PrVBl. (seit 1879), Fischer's Zeitschrift (seit 1880), Verwaltungsarchiv (seit 1892); PrOVG (1875), BayVGH (1878); Georg Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts (1883/85; ²1893/94; ³1910; ⁴1913/15; Loening, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts (1884); von Sarwey, Allgemeines Verwaltungsrecht (1884); von Kirchenheim, Einführung in das Verwaltungsrecht (1885); von Stengel, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts (1886); Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht (1895/96; ²1914/17; ³1924).

Das wissenschaftliche Verwaltungsrecht entstand in Unterordnung unter die politische Idee des liberalen Rechtsstaates — Georg Meyer (1875): „rechtswissenschaftliche Konstruktion der verwaltungsrechtlichen Institute“ in Abtrennung von einer Verwaltungslehre; L. von Stein (1876): Verwaltungsrechtslehre „muß das Verwaltungsrecht aus dem Wesen des zu Verwaltenden bilden“.

I. Die Entstehung des Verwaltungsrechts als Wissenschaft

S. 15

Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft des liberalen Rechtsstaates haben Polizei und Polizeiwissenschaft des aufgeklärten Absolutismus abgelöst — Bedingung dessen waren die Unterstellung der Verwaltung unter ihr eigentümliche rechtliche Formen und Grundsätze, entsprechend dem liberalen Konstitutionalismus (verfassungsmäßige Gewaltenteilung, Gesetzmäßigkeit der Verwaltung), als formales Element und die Industrialisierung und die Bevölkerungsvermehrung (Verstädterung, soziale Frage, Anwachsen der Verwaltungsaufgaben, Notwendigkeit eines bürokratischen Apparats und Fachwissens, Verwaltungsgerichtsbarkeit) als materiales Element.

1. Die Industrialisierung

S. 16

Umfassender Durchbruch der kapitalistischen Industrie zwischen 1870 und 1900 — charakteristische Verspätung der industriellen Revolution in Deutschland.

Bevölkerungsentwicklung: 24,5 Mill. (1800), 41 Mill. (1871), 65 Mill. (1910) — Umkehrung des Verhältnisses von Stadt- und Landbevölkerung: 36:64 Prozent (1871), 60:40 Prozent (1910) — Zunahme der Großstädte: 8 (1871), 48 (1910).

Stürmische Entfaltung der Schwerindustrie verdrängt die bis 1871 führende Textilerzeugung — Kohlenförderung: 6 Mill. to (1850), 17 (1860), 38 (1871),

222 (1910) — Eisenerzförderung: 5 Mill. to (1871), 29 (1913) — Roheisenerzeugung: 0,5 Mill. to (1850), 1,5 (1871), 15 (1910) — Stahlerzeugung: 1,5 Mill. to (1880), 13 (1910).

Eisenbahnnetz: 2 131 km (1845), 18 560 (1870), 59 031 (1910).

Gründerkrise (1873), Agrarkrise (1875) — Bildung von Interessenverbänden, Protektionismus (Übergang zum Schutzzoll, 1879), Kartellierung Konzentration (Preis-, Kontingentierungskartelle, RhWestf. Kohlensyndikat, 1893, RhWestf. Roheisensyndikat, 1896, Kalisyndikat, 1899) — Reichsbank (1875) — Staatsbahnprinzip (1878—1885).

Verdoppelung der Industriearbeiter (1913: 9,5 Mill.), Rückgang der landwirtschaftlichen Arbeiter (von 6 auf 5 Mill.) — Binnenwanderung — Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände — Klassenkampf.

Staatliche Behandlung der sozialen Frage zuerst nicht sozialpolitisch, sondern gewerbepolizeilich (Regulativ von 1839; GewO 1869) — Ergänzung der Arbeiterschutzgesetzgebung durch Sozialpolitik (SozVers., 1883—1889) — Kathedersozialismus, Sozialreform (Sohm, 1898; Rosenthal, 1913; Schücking, 1913; Gehring, 1914) — Demokratische Lücke des Staatssozialismus, der den Arbeitern die politische Freiheit vorenthält (Sozialistengesetz, 1878—1890) — Formaler Rechtsstaat ohne Demokratisierung der Staatszwecke.

2. Der bürgerliche Rechtsstaat

S. 22

Die konstitutionelle Verfassungspolitik wandelt das Verständnis der Verwaltung von Zweckverfolgung zu Rechtsverwirklichung — Robert von Mohl (Staatsrecht, 1829/31; *1840; Polizeiwissenschaft, 1832/33) — Carl Friedrich Gerber (Ueber öffentliche Rechte, 1852) — Otto Bähr (Der Rechtsstaat, 1864) — Rudolf von Gneist (Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 1872, *1879). Der sozialliberal-polizeiwissenschaftliche Rechtsstaatsbegriff Robert von Mohls — Verwaltungsrechtslehre in rechtsstaatlicher Intention.

Der liberale Rechtsstaat will im Bereich der Verwaltung eine an sich als nicht-rechtlich aufzufassende „Gewalt“ durch das „Recht“ begrenzen — Das „Recht“ des liberalen Rechtsstaates ist auf der Ebene der Verfassung das liberale Vernunftrecht (Konstitution mit Gewaltenteilung und grundrechtlichem Schutz von Freiheit und Eigentum), auf der Ebene der Verwaltung das Gesetz: Gesetzmäßigkeit der Verwaltung — „Der Staat, der für seine Verwaltung kein Gesetz hat und keinen Verwaltungsakt, ist kein Rechtsstaat“ (Otto Mayer) — Der Verwaltungsakt ist das Zentralstück des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, weil er die Verrechtlichung des allgemeinen Gewaltverhältnisses ausdrückt.

Da das Gesetz des liberalen Rechtsstaates nicht Instrument der Sozialgestaltung, sondern der Herstellung und Bewahrung einer Ordnung koexistierender Freiheiten ist, reduziert die Verrechtlichung der Verwaltung deren Zwecke auf die Wahrung von Recht und Ordnung (Polizei und Steuererhebung) — Rechtsstaatliche Legitimität nur der „Eingriffsverwaltung“ — Polizeiverfügung und Steuerbescheid als Prototypen des Verwaltungsaktes.

Bündnis von Krone und Bürgertum als Bedingung der Auffassung vom klassenneutralen Staat — Hegels Staat der „objektiven Freiheit“, organische Staatsphilosophie gegen Liberalismus und Sozialismus, polizeiwissenschaftliche Tradition — Subsidiäre Anerkennung des Wohlfahrtszwecks (Robert von Mohl; Friedrich Schmitthenner, Ueber Pauperismus und Proletariat, 1848; Heinrich Bernhard Oppenheim, Philosophie des Rechts und der Gesellschaft, 1850) — Lorenz von Steins „sociale Verwaltung“ — Hermann Roesler (Das Sociale Verwaltungsrecht,

1872/73); Hans von Scheel (Die Theorie der sozialen Frage, 1871); Josef Ulbrich (Rechtsbegriff der Verwaltung, Grünhuts Zeitschrift 9, 1882, 1; Grundzüge des österreichischen Verwaltungsrechts, 1884; Das Verwaltungsrecht im Rechts- und Culturstaat der Gegenwart, 1898).

Erfolglosigkeit der Versuche, das Verwaltungsrecht mit Hilfe der Idee der „sozialen Verwaltung“ zu verwissenschaftlichen — Die neue Verwaltungswissenschaft bildete ihr Instrumentarium und ihre Systematik im Hinblick auf die in der Eingriffsverwaltung zu Tage tretenden Formen der Verwirklichung der liberalen Verwaltungszwecke.

II. Wohlfahrtspolizei und Staatspflege

S. 31

Der obrigkeitliche Eudämonismus des absolutistischen „Wohlfahrtsstaates“ — „Polizey“ als Wohlfahrtspflege (Heumann von Teutschenbrunn, *Initia iuris politiae Germanorum*, 1757; Johann Jakob Moser, *Von der Landeshoheit in Polizeysachen*, 1773) — Unterscheidung von „Sicherheits-“ und „Wohlfahrtspolizei“ gegen Ende des 18. Jh. — Polizeibegriff Robert von Mohls.

Ausscheidung der zwangsweisen Wohlfahrtsförderung aus dem Begriff der Polizei — Johann Stephan Pütter (*Institutiones Juris Publici Germanici*, 1770; *1802, § 331); Nicolaus Thaddäus Gönner (*Teutsches Staatsrecht*, 1804) — § 10 II 17 Preuß. ALR — PrOVGE 9, 353 (1882) — Der rechtsstaatliche Polizeibegriff: „Polizei“ bedeutet die obrigkeitliche Ausübung öffentlicher Verwaltung, im Gegensatz zur „Staatspflege“, mit der die Wahrnehmung der Wohlfahrtsförderung, weil ohne Zwang erfolgend, bezeichnet wurde.

Das Kriterium der Unterscheidung von Polizei und Pflege ist nicht der verfolgte Zweck, sondern die angewandte Form des Verwaltens — Gleichsetzung der Rechtsformen des Verwaltungshandelns mit den Rechtsformen der Ausübung obrigkeitlicher Gewalt — Eliminierung der Pflege aus der verwaltungsrechtlichen Theorie — Neue Unterscheidung von öffentlich-rechtlichem (= obrigkeitlichem) Verwaltungshandeln und fiskalischem Handeln der Verwaltung — Pflege, soziale Verwaltung, Daseinsvorsorge.

III. Gemeindeanstalten und gewerbliche Unternehmungen der Gemeinden S. 41

Verstädterung und Kommunalisierung der Versorgung und des örtlichen Verkehrs, Munizipal-Sozialismus — Theoretisierung der kommunalen Versorgungs- und Verkehrsbetriebe nur insoweit, als sie zum herrschenden Verwaltungszweck der Gefahrenabwehr in Beziehung gesetzt werden konnten — Unangemessenheit des Instituts der öffentlichen Anstalt für diese Betriebe.

Die neue Verwaltungswirklichkeit der kommunalen Versorgungs- und Verkehrsbetriebe: Wasserwerke (Kommunalisierung im letzten Viertel des 19. Jh.); Gaswerke (Kommunalisierung seit der Mitte des Jh.); Elektrizitätswerke (Kommunalisierung seit 1890); Straßenbahnen (Kommunalisierung im letzten Jahrzehnt des Jh.).

Die kommunalen Versorgungs- und Verkehrsbetriebe wurden verwaltungsrechtlich nicht als eine einheitliche Erscheinung aufgefaßt — Überwiegen der erwerbswirtschaftlichen Betrachtungsweise, mit Ausnahme der Wasserwerke.

Das korporative Recht der Gemeindeglieder zur „Mitbenutzung der öffentlichen Gemeindeanstalten“, im Gegensatz zu den „Privateinrichtungen“ — Die Unterscheidung der „gewerblichen Unternehmungen“ der Gemeinde von den „im öffentlichen Interesse unterhaltenen Veranstaltungen“ in §§ 3, 4 Preuß. KAG; die

„Polizeianstalten“; Zuordnung der Gemeindeanstalten zum öffentlichen, der gewerblichen Unternehmungen zum privaten Recht, Rechtsform als maßgebendes Abgrenzungskriterium, Fehlen des Versorgungsgesichtspunktes — Frage der Unterworfenheit unter die Gewerbesteuer und der Steuerbefreiung wegen Gemeinnützigkeit bei der Grundsteuer.

Wasserwerke waren je nach dem Einzelfall Gemeindeanstalten oder Gewerbebetriebe — Gas- und Elektrizitätswerke waren ganz überwiegend Gewerbebetriebe — Verkehrsbetriebe waren Gewerbebetriebe — Einordnung dieser Betriebe in Otto Mayers öffentliche Anstalt, insbesondere insoweit als sie eine privatrechtliche Benutzungsordnung hatten.

IV. Die Methode

S. 51

Der „Positivismus“ der liberalen Verwaltungsrechtslehre — Der liberale Positivismus wählte als den Gegenstand der wissenschaftlichen Begriffsbildung bestimmende Eigenart des Rechts dessen Form („Formalismus“) — C. F. Gerber (1852): Das Politische ist „nur Material“ der Rechtswissenschaft — Der positivistische Formalismus hat seinen Grund im liberalen Rechtsbegriff, der die Verwirklichung der liberalen Staatszwecke als Rechtsverwirklichung, nicht als Zweckverfolgung (im Fall der Verwaltung) auffaßte — Als zu theoretisierende Eigenart des Verwaltens kamen nur die Rechtsformen obrigkeitlichen Verwaltens in Frage, weil nur die Eingriffsverwaltung rechtsstaatliche Legitimität besaß.

F. F. Mayer (1857, 1862) — Georg Meyer (1882/85) — Otto Mayer (1895/96): Der Staat als „hoheitliche Macht“ oder als „gewöhnlicher Privatmann“; der „anstaltliche Gesichtspunkt“ bezeichnet nicht den Verwaltungszweck der Leistung, sondern eine besondere Kategorie obrigkeitlichen Verwaltungshandelns — Der Formalismus der Verwaltungsrechtslehre Otto Mayers (Laband, Erich Kaufmann) — Die „sozialwissenschaftliche Betrachtungsweise Kurt Wolzendorffs (Der Polizeigedanke des modernen Staats, 1918) — Bedeutung und Wirkung der „juristischen Methode“ des wissenschaftlichen Verwaltungsrechts.

Namensverzeichnis

S. 61

Vorwort

Die Anregung zu dieser Arbeit verdankt der Verfasser dem Arbeitskreis „Rechts- und Staatslehre des 19. Jahrhunderts“ der Fritz-Thyssen-Stiftung. Die Grundgedanken dieser Schrift sind auf der Tagung des Arbeitskreises am 27. Mai 1967 in Kassel vorgetragen worden. Allen Mitgliedern des Arbeitskreises, besonders seinen wissenschaftlichen Leitern Professor Dr. Helmut Coing und Professor Dr. Herbert Krüger, ist der Verfasser für vielfältige Unterstützung und Anregung zu tiefem Dank verpflichtet. Besonderen Dank schuldet der Verfasser der Fritz-Thyssen-Stiftung für die gütige Erlaubnis zur selbständigen Veröffentlichung dieser Ausarbeitung.

Göttingen, im Juni 1967

Peter Badura

Einleitung

In dem Jahre, als durch Bismarcks Reichsgründung die deutschen Staaten zu einem wenigstens der Möglichkeit nach einheitlichen Rechtsgebiet zusammentraten, gab es eine Wissenschaft vom deutschen Verwaltungsrecht noch nicht. Diese Behauptung wird sich aufrechterhalten lassen, obwohl nicht nur das Lehrbuch des bayerischen Verwaltungsrechts von Pözl bereits seine dritte Auflage erlebt hatte¹⁾, sondern auch die beiden später als bahnbrechend empfundenen Arbeiten des Württembergers F. F. Mayer²⁾ und die heute hochgerühmte Verwaltungslehre Lorenz von Steins³⁾ erschienen waren⁴⁾. Denn von einer Wissenschaft wird man erst sprechen können, wenn sich die gelehrte Denkbemühung eines Gegenstandes in systematischer Weise bemächtigt hat und wenn diese theoretische Arbeit durch eine größere Gruppe kooperierender Professioneller vorangetrieben wird. 1871 ermangelte die theoretische Aufbereitung der Verwaltungspraxis und des Verwaltungsrechts der Profession wie des Systems. System kann hier nur heißen: Aufstellung eines Allgemeinen Teils des Verwaltungsrechts, der Grundsätze und Begriffe also, die für jegliches Verwalten eine gewisse allgemeine Gültigkeit besitzen und deshalb auch der theoretischen Betrachtung Zusammenhang und Fundament zu geben vermögen.

Dreißig Jahre später war die Lehre vom Verwaltungsrecht eine etablierte Wissenschaft geworden. 1881 führten die preußischen Universitäten eine Vorlesung „Verwaltungsrecht“ ein und um die Jahrhundertwende bestanden bereits drei verwaltungsrechtliche Fachzeitschriften⁵⁾. Vor allem aber hatte

¹⁾ 1. Aufl. 1856, 2. Aufl. 1858, 3. Aufl. 1871.

²⁾ Grundzüge des Verwaltungs-Rechts und -Rechtsverfahrens, 1857; Grundsätze des Verwaltungs-Rechts, 1862.

³⁾ 1. Aufl. 1865—1884; 2. Aufl. 1869—1883.

⁴⁾ 1870 wurde auch Ernst (von) Meiers Darstellung des Verwaltungsrechts in Holtzendorffs Encyklopädie der Rechtswissenschaft veröffentlicht, die in den folgenden Jahrzehnten mehrfach neu aufgelegt wurde. Sie ist in den, in der 2. Aufl. (1873) stärker herausgearbeiteten, Grundbegriffen weiterhin von Lorenz von Stein abhängig.

⁵⁾ Preussisches Verwaltungsblatt (seit 1879), Fischer's Zeitschrift für Verwaltungsrecht (seit 1880), Verwaltungsarchiv (seit 1892).

An der Universität Göttingen wurden um die Mitte des 19. Jahrhunderts in der Juristischen Fakultät Deutsches Staats- und Bundesrecht als fünf- bis sechsstündige öffentlich-rechtliche Hauptvorlesung und in der staatswissenschaftlichen Abteilung der Philosophischen Fakultät von Roscher „Politik und Staatsrecht der europäischen Staaten, mit einer kurzen Übersicht der Polizei und des Völkerrechts“ und „National-Oeonomie und Wirtschaftspolizei“ vorgetragen. Nach langer Unterbrechung erscheint im Sommersemester

die Verwaltungsrechtswissenschaft durch Otto Mayer⁶⁾ ein System von strenger Folgerichtigkeit gewonnen. Der außerordentliche Einfluß, den die hier befolgte Methode bis in die Gegenwart ausübte, verdeckte, daß durch sie eine Entscheidung von weittragender Bedeutung für die Grundlagen verwaltungsrechtlichen Arbeitens gefällt worden war. Diese Entscheidung, nämlich die Einordnung der Verwaltungsrechtswissenschaft in die Staatsauffassung des liberalen Rechtsstaats, war wissenschaftssoziologisch konsequent, doch in ihren Auswirkungen solange verhängnisvoll, als sie nicht als eine Entscheidung dieses Inhalts erkannt wurde. Ihre Aufdeckung mußte dadurch erschwert werden, daß sie mit der Entstehung der Lehre vom Verwaltungsrecht zusammenfiel.

Bevor Otto Meyers Werk veröffentlicht worden war, lag die Alternative noch klar zu Tage. Eine Abhandlung Georg Meyers aus dem Jahre der Errichtung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts⁷⁾ beklagte zunächst, daß Verwaltungsrecht an den meisten juristischen Fakultäten gar nicht gelesen würde und daß es auch an den meisten Universitäten keine Lehrstühle für öffentliches Recht gäbe. Als Wissenschaft stünde das Verwaltungsrecht noch in den ersten Anfängen. Georg Meyer verlangt

1856 unter den Staatswissenschaften erneut die Vorlesung „Polizeiwissenschaft“, die in größer werdenden Abständen, schließlich nur einmal in zwei Jahren, zuerst vier-, dann dreistündig von C. E. von Mangoldt und später von Helferich gelesen wurde, zuletzt im Sommersemester 1868. In den folgenden Jahren las der staatswissenschaftliche „Privatlehrer“ Dedehin und wieder „Allgemeine Verwaltungspolitik“, „Allgemeine Verwaltungslehre“ und „Polizeirecht“, jeweils einstündig. In der Juristischen Fakultät findet sich als erste verwaltungsrechtliche Lehrveranstaltung im Sommersemester 1865 eine zweistündige öffentliche Vorlesung „Über Administrativjustiz und Kompetenzconflicte“ von Ernst Meier. Im Wintersemester 1867/68 las der Privatlehrer C. Hilsse vierstündig „Preußisches Verwaltungsrecht“. Das blieb jedoch zunächst ein Einzelfall und wurde nicht fortgesetzt. Acht Jahre später wurde von Meier einstündig und öffentlich „Englisches Verwaltungsrecht“ vorgetragen (Sommersemester 1875). Erst mit Meyers im Sommersemester 1876 dreistündig angekündigter Vorlesung „Verwaltungsrecht“ setzt eine verhältnismäßig kontinuierliche Unterweisung im Verwaltungsrecht ein, wenn auch mit variierenden Bezeichnungen und ungleichmäßiger Stundenzahl. Meier las im Wintersemester 1876/77 nochmals das einstündige „Englische Verwaltungsrecht“, dann im Wintersemester 1877/78 eine einstündige „Einleitung in das Preußische Verwaltungsrecht“ und im nächsten Semester vierstündig „Verwaltungsrecht mit besonderer Rücksicht auf Preußen“. Der im Sommersemester 1879 zweistündig wiederholten „Einleitung in das Preußische Verwaltungsrecht“ ließ Meier nur noch im Wintersemester 1880/81 eine einstündige „Geschichtliche Einleitung in das Preußische Verwaltungsrecht“ folgen. Mit dem Sommersemester 1881 setzt die Gleichmäßigkeit in Bezeichnung und Stundenzahl der Vorlesung ein: Frensdorff las erstmals dreistündig „Deutsches Verwaltungsrecht“. (Diese Angaben stehen unter dem Vorbehalt, daß die Vorlesungsverzeichnisse für Sommersemester 1849 bis Wintersemester 1850/51, Sommersemester 1867, Wintersemester 1869/70 und Wintersemester 1871/72 bis Wintersemester 1873/74 nicht greifbar sind).

⁶⁾ Deutsches Verwaltungsrecht, 1895/96.

⁷⁾ Das Studium des öffentlichen Rechts und der Staatswissenschaften in Deutschland, 1875.

dann eine wissenschaftliche Bearbeitung des Verwaltungsrechts in zweifacher Hinsicht: Durch eine allgemeine Verwaltungslehre „im Stein'schen Sinne“, die die allgemeinen Prinzipien zu entwickeln, die Gesetzgebung der verschiedenen Völker in vergleichender Darstellung zu behandeln und die verwaltungspolitischen Gesichtspunkte hervorzuheben habe. Zweitens durch eine Lehre vom Verwaltungsrecht, die eine wesentlich juristische Disziplin sein solle. „Es kommt dabei auf eine juristische Durchdringung des Stoffes und eine rechtswissenschaftliche Konstruktion der verwaltungsrechtlichen Institute an.“ Dies war der eine Weg und das Programm, das Georg Meyer selbst durch seine „staatswissenschaftliche“ Methode zu erfüllen glaubte und Otto Mayer durch seine „rechtswissenschaftliche“ Methode erfüllte. Ein anderer Weg fand ein Jahr später in einer Schrift Lorenz von Steins⁸⁾, die eine ähnliche Themenstellung wie diejenige Georg Meyers hatte, beredten Ausdruck. Lorenz von Stein versteht die Verwaltung als die „Arbeit“ der Idee des „gesellschaftlichen oder sozialen Staates“ (S. 144, 215). Die Verwaltung könne sich mit der Kenntnis der positiven Verwaltungsgesetze nicht begnügen, sie bedürfe der wissenschaftlich verfahrenen Verwaltungslehre im Gegensatz zur bloßen Verwaltungsgesetzeskunde. Das aber bedeute, daß die Verwaltung das Verständnis aller derjenigen Kräfte und Gesetze in sich aufnehmen müsse, die das wirkliche Leben beherrschen; „sie muß das Verwaltungsrecht aus dem Wesen des zu Verwaltenden bilden“ (S. 296).

Wie deutlich diese beiden methodischen Vorstellungen geschieden sind, zeigt sich schon in dem charakteristischen und auch von anderen wiederholten Mißverständnis Georg Meyers, der die Verwaltungslehre Lorenz von Steins als eine außerhalb der Verwaltungsrechtslehre liegende Beschäftigung auffaßt. Tatsächlich handelt es sich darum, daß Georg Meyer das Verwaltungsrecht nur als ein rechtliches Phänomen sieht, Lorenz von Stein dagegen auch und zuerst als ein gesellschaftliches Phänomen. Deshalb verweist dieser auf „das Wesen des zu Verwaltenden“, jener dagegen auf eine „rechtswissenschaftliche Konstruktion der verwaltungsrechtlichen Institute“.

Diese pointierte Entgegensetzung der methodischen Blickwinkel und der Umstand, daß die Forderung Georg Meyers durch Otto Mayer zu erfolgreicher Durchsetzung gebracht wurde, läßt die Frage aufkommen, wodurch diese Entwicklung bestimmt wurde und in welcher Weise sie sich in den Ergebnissen der Verwaltungsrechtswissenschaft niedergeschlagen hat. Die Antwort ist zuerst in den Gründen zu suchen, die zur Entstehung des Verwaltungsrechts als Wissenschaft geführt haben. Davon ausgehend läßt sich die Fixierung des Verwaltungsrechts auf den liberalen Rechtsstaat an den Verwaltungsbereichen zeigen, die sich nicht mit Notwendigkeit von der liberalen Staatsvorstellung ableiten lassen.

⁸⁾ Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands, 1876.

I. Die Entstehung des Verwaltungsrechts als Wissenschaft

Der in Deutschland im 18. und in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts verwirklichte Staatstyp, d. h. der nicht konstitutionelle und vorindustrielle Staat, wird im Hinblick auf seine Verwaltung „Polizeistaat“ genannt. Das nicht nur deswegen, weil für diese Verwaltung der Ausdruck „Polizey“ gebräuchlich war. Die Bezeichnung „Polizeistaat“ wird vielmehr als Entgegensetzung zu „Rechtsstaat“ gebraucht. Sie besagt, daß die so charakterisierte Ausübung von Verwaltung, auf das inhaltlich unbestimmte „ius politiae“ gegründet, der Zweckmäßigkeit folgte, nicht aber spezifisch rechtlichen Formen und Grundsätzen unterstellt war⁹⁾. Zwischen Obrigkeit und Untertan bestand ein sachbezogenes Gewaltverhältnis. Solange diese Auffassung über die Eigenart des Verwaltens fort dauerte, konnte trotz der Scheidung von Justiz- und Verwaltungssachen und trotz der Festlegung einer Zuständigkeitsordnung weder ein Verwaltungsrecht noch eine Verwaltungsrechtswissenschaft entstehen. Der Polizeistaat hat nur eine Polizeiwissenschaft hervorgebracht, die nicht als eine rechtswissenschaftliche Disziplin gelten kann¹⁰⁾.

Die Ablösung der Polizey durch das Verwaltungsrecht und der Polizeiwissenschaft durch die Verwaltungsrechtswissenschaft ist die Folge der seit der Mitte des 19. Jahrhunderts einsetzenden Umwälzungen der Gesellschaft, der politischen Ideen und der Verfassungsstruktur¹¹⁾. Das materiale Element ist die Industrialisierung und die sprunghafte Bevölkerungsvermehrung, verbunden mit der Verstädterung, dem Entstehen und der Verschärfung der

⁹⁾ Forsthoff, VerwR, 9. Aufl., 1966, S. 25, 40; Otto Mayer, Dt. VerwR, 1. Bd. 1895, § 4; Georg Meyer, Studium a. a. O. S. 16 f. — Die rechtliche Geordnetheit der Verwaltungstätigkeiten und der in gewissem Umfang bestehende Rechtsschutz (Wolfgang Rüfner, Formen öffentl. Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, 1967, S. 43 ff.) berechtigen nicht dazu, den Unterschied von aufgeklärtem Absolutismus und konstitutioneller Monarchie dadurch einzuebene, daß hier wie dort von „Rechtsstaat“ gesprochen wird. Siehe unten unter II.

¹⁰⁾ Hans Maier, Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre (Polizeiwissenschaft), 1966. — Maier versteht die Polizeiwissenschaft als die „politische Wissenschaft des Territorialstaats“ und versucht, sie weniger aus den Zusammenhängen des Absolutismus als aus der älteren Tradition der praktischen Philosophie zu erklären. Er hebt hervor, daß die Polizeiwissenschaft mit der neuen Verwaltungsrechtswissenschaft nur noch „in losem Zusammenhang“ steht (S. 25, 293 ff.).

¹¹⁾ Hierzu und zum folgenden: Forsthoff, VerwR a. a. O. § 2, 4, insb. S. 34 f., 41; Richard Thoma, Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft, JöR 4 (1910), 196—218, insb. S. 197, 217.

Klassengegensätze, was sich dem Bewußtsein der Zeitgenossen als die „soziale Frage“ darstellte, dem Anwachsen der Verwaltungsaufgaben, der Notwendigkeit einer mit dem entsprechenden Fachwissen ausgestatteten Beamtenschaft und der Einrichtung einer selbständigen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Das formale Element ist die nun zur Wirksamkeit gelangende Rechtsstaatsidee, die durch die verfassungsmäßige Gewaltenteilung die Verwaltung als eigenartigen Bereich heraushebt und diesen Bereich durch den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung als einen solchen der rechtsgebundenen und nicht nur sachbezogenen Verwirklichung staatlicher Zwecke konstituiert.

wie in Verordnungen etc.

1. Die Industrialisierung

„Am Vorabend der Reichsgründung trug die deutsche Wirtschaft noch vorwiegend landwirtschaftlichen Charakter, aber der Prozeß der Industrialisierung hatte begonnen. Von der Reichsgründung gingen die stärksten Anregungen für die deutsche Industrieentwicklung aus, und binnen weniger Jahre war Deutschland in die erste Reihe der Industrieländer der Welt eingetreten.“¹²⁾ In Preußen wird der Durchbruch zur kapitalistischen Industrie etwas früher, zwischen 1846 und 1860 angesetzt¹³⁾. Für die Ursachen des späten Eintretens der industriellen Revolution und die Einzelheiten ihres Verlaufs muß auf die wirtschaftsgeschichtliche Fachliteratur verwiesen werden¹⁴⁾. Eine ungefähre Anschauung der sich im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts in Deutschland ausbildenden Wirtschaftsgesellschaft läßt sich aus den folgenden Angaben gewinnen.

¹²⁾ Gustav Stolper, Deutsche Wirtschaft seit 1870, 1964, S. 25. Sachlich übereinstimmend Arthur Birnie, An Economic History of Europe 1760—1930, 3rd. ed., 1933, S. 2; Karl Erich Born, Der soziale und wirtschaftliche Strukturwandel Deutschlands am Ende des 19. Jh. (1963), in: Hans-Ulrich Wehler (Hrsg.), Moderne dt. Sozialgeschichte, 1966, S. 271.

¹³⁾ Ulrich Peter Ritter, Die Rolle des Staates in den Frühstadien der Industrialisierung. Die preuß. Industrieförderung in der ersten Hälfte des 19. Jh., 1961, S. 161 ff.

¹⁴⁾ Neben den bereits zitierten Arbeiten von Birnie, Born und Stolper vgl. Heinrich Bechtel, Wirtschaftsgeschichte Deutschlands im 19. und 20. Jh., 1956; John Harald Clapham, The Economic Development of France and Germany 1815—1914, 2nd ed., 1923; W. O. Henderson, The Industrial Revolution on the Continent, 1961; Josef Kulischer, Allgemeine Wirtschaftsgeschichte des Mittelalters und der Neuzeit, 3. Aufl., 2. Bd.; A. Sartorius von Waltershausen, Deutsche Wirtschaftsgeschichte 1815—1914, 2. Aufl., 1923; Werner Sombart, Die dt. Volkswirtschaft im 19. Jh. und im Anfang des 20. Jh., 5. Aufl., 1921. — Über die staatliche Förderung der Industrie in der ersten Hälfte des 19. Jh. unterrichtet außer der in der vorigen Anmerkung genannten Arbeit von Ritter: Wolfram Fischer, Der Staat und die Anfänge der Industrialisierung in Baden 1800—1850, 1. Bd., 1962.

Die Bevölkerungszahl wuchs zwischen 1800 und 1871 von rd. 24,5 Mill. auf 41,059 Mill., also um 16,6 Mill. in 70 Jahren, in den folgenden 40 Jahren bis 1910 aber um 23,9 Mill. auf 64,926 Mill.¹⁵⁾. Zwischen 1871 und 1910 fand zugleich die entscheidende Verschiebung im Verhältnis der ländlichen zur städtischen Bevölkerung statt: Während 1871 63,9 Prozent Landbevölkerung 36,1 Prozent Stadtbewohner gegenüberstanden, war dieses Verhältnis 1910 40 zu 60 Prozent; hatte das Reich 1871 nur acht Städte über 100 000 Einwohner, so waren es 1910 bereits 48¹⁶⁾.

Zwischen 1848 und 1871 war die Textilerzeugung die bedeutendste Industrie in Deutschland¹⁷⁾. In den nächsten Jahrzehnten errang das Reich die führende Stellung in der Schwerindustrie. Die Kohlenförderung betrug 1820 etwa 1 Mill. to und war 1850 erst auf etwa 6 Mill., 1860 auf 16,7 Mill. to (davon 12,3 Mill. to Steinkohle und 4,4 Mill. to Braunkohle) und 1871 auf 37,9 Mill. to (29,4 Mill. to Steinkohle, 8,5 Mill. to Braunkohle) angestiegen¹⁸⁾. In den folgenden Jahrzehnten entwickelte sich die Kohlenförderung steil aufwärts: 1880: 59,1 Mill. to, 1890: 89,3 Mill. to, 1900: 149,8 Mill. to und 1910: 222,3 Mill. to, um 1913 279 Mill. to zu betragen (191,5 Mill. to Steinkohle, 87,5 Mill. to Braunkohle), wodurch England (292 Mill. to) nahezu erreicht und die französische Förderung (40,8 Mill. to) um mehr als das Sechsfache übertroffen wurde¹⁹⁾. Eine ähnlich stürmische Zunahme ist bei der Eisenerzeugung zu beobachten. Die Eisenerzförderung wuchs von 5,3 Mill. to im Durchschnitt der Jahre 1871—1875 auf 28,7 Mill to im Jahre 1913. Die Roheisenerzeugung, die 1810 46 000 to und 1850 529 000 to betragen hatte, war 1871 auf 1,56 Mill. to angestiegen. 1880 wurden 2,729 Mill. to Roheisen und 1,548 Mill. to Stahl erzeugt²⁰⁾. In den folgenden Jahrzehnten ist die Produktionsvermehrung wiederum außerordentlich: 1890: 4,658 Mill. to Roheisen, 3,164 Mill. to Stahl, 1900: 8,521 Mill. to Roheisen, 7,372 Mill. to Stahl und 1910: 14,794 Mill. to Roheisen, 13,149 Mill. to Stahl, wodurch England deutlich²¹⁾ und Frankreich um ein Mehrfaches²²⁾ übertroffen wurden²³⁾. Die Länge des Eisen-

¹⁵⁾ Bechtel a. a. O. S. 19; Clapham a. a. O. S. 278; Stolper a. a. O. S. 26.

¹⁶⁾ Born a. a. O. S. 273; Clapham a. a. O. S. 278; Adolf Damaschke, Aufgaben der Gemeindepolitik, 10. Aufl., 1922, S. 137.

¹⁷⁾ Henderson a. a. O. S. 31.

¹⁸⁾ Im Jahre 1871 förderten England 118 Mill. to, Frankreich 13,3 Mill. to und Belgien 13,7 Mill. to Kohle.

¹⁹⁾ Die Zahlen nach Clapham a. a. O. S. 281 und Henderson a. a. O. S. 22, 34.

²⁰⁾ England: 7,873 Mill. to Roheisen, 3,73 Mill. to Stahl; Frankreich: 1,725 Mill. to Roheisen, 1,354 Mill. to Stahl.

²¹⁾ 10,172 Mill. to Roheisen, 7,613 Mill. to Stahl.

²²⁾ 4,038 Mill. to Roheisen, 2,85 Mill. to Stahl.

²³⁾ Die Zahlen nach Clapham a. a. O. S. 285; Henderson a. a. O. S. 22; Sartorius von Waltershausen a. a. O. S. 167; Stolper a. a. O. S. 28.

bahnnetzes vergrößerte sich von 2 131 km im Jahre 1845 auf 18 560 im Jahre 1870 und 59 031 km im Jahre 1910²⁴⁾. Etwa 1880 begann der rapide Aufstieg der Elektrizitätsindustrie²⁵⁾.

In die Anfangsjahre des raschen und durchgreifenden Prozesses, durch den die deutsche Industriegesellschaft ausgebildet wurde²⁶⁾, fällt die „Gründerkrise“ von 1873, ein Ereignis, das von weittragender Bedeutung für die Gestalt des Hochkapitalismus in Deutschland wurde²⁷⁾. Diese Krise und die sich anschließende Depression diskreditierten die Idee des doktrinären Liberalismus, die in den staatstragenden Schichten und in der Bürokratie ohnehin keine eindeutige Vorherrschaft erlangt hatte, in keinem geringeren Maße als die schon seit Jahrzehnten drängender werdende „soziale Frage“. Sie gab den Anstoß für die außerordentliche Zunahme der Wettbewerbsbeschränkung durch Kartellierung und das schützende Eingreifen des Staates zugunsten der nationalen Wirtschaft. Die Industrie und der Handel, desgleichen die seit 1875 in eine krisenhafte Lage geratende Landwirtschaft²⁸⁾, formierten sich in Interessenverbänden, um ihren Forderungen an die staatliche Wirtschaftspolitik größeren Nachdruck zu geben²⁹⁾. Im Jahre 1876 wurden der agrarische „Verein der Steuer- und Wirtschaftsreformer“ und der „Centralverband deutscher Industrieller“ gegründet. Beide Verbände traten für eine protektionistische Steuerung der Einfuhren ein. Diese Gemeinsamkeit endete mit dem Aufschwung der Produktion nach 1890. Der „Verein der Steuer- und Wirtschaftsreformer“ wurde 1893 durch den radikaleren „Bund der Landwirte“ abgelöst und 1895 verließ die Konsumgüterindustrie den „Centralverband“, um sich im antiprotektionistischen „Bund der Industriellen“ eine besondere Vertretung ihrer Interessen zu schaffen.

Die stürmische Expansion der Schwerindustrie, seit 1879 durch Schutzzölle gegen den Import von Eisen abgeschildert, wurde durch eine ausgeprägte Konzentrationsbewegung begleitet³⁰⁾. Die zunächst eine Verhinderung der Überproduktion und eine Stützung der Preise anstrebende Kartellierung führte noch vor der Jahrhundertwende zur Marktordnung und zu monopolistischen Praktiken. Sie begann mit Preiskartellen und gelangte über Kontingentierungskartelle bald zu der intensivsten Form, dem Syndikat. Auf das 1893 gebildete Rheinisch-Westfälische Kohlensyndikat folgten 1896 das Rheinisch-Westfälische Roheisensyndikat und 1899 das Kalisyndikat. Das Reichsgericht konstatierte in seinem Urteil vom 4. Februar

²⁴⁾ Sombart a. a. O. S. 493.

²⁵⁾ Bechtel a. a. O. S. 301 ff.

²⁶⁾ Ralf Dahrendorf, Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, 1965, S. 47.

²⁷⁾ Bechtel a. a. O. S. 183 ff.; Born a. a. O. S. 279.

²⁸⁾ Bechtel a. a. O. S. 182.

²⁹⁾ Im einzelnen vgl. Born a. a. O. S. 274 ff.; Hartmut Kaelble, Industrielle Interessenpolitik in der Wilhelminischen Gesellschaft. Centralverband Dt. Industrieller 1895–1914, 1967.

³⁰⁾ Born a. a. O. S. 280 f.; Dahrendorf a. a. O. S. 48; Erich Maschke, Grundzüge der dt. Kartellgeschichte bis 1914, 1964.

1897³¹⁾ die Legalität des Kartellvertrages im Hinblick auf die Gewerbe-freiheit (§ 1 GewO). Parallel mit der fortschreitenden Kartellierung vergrößerte sich das Durchschnittskapital der Kapitalgesellschaften und bildeten sich Konzerne.

Der Übergang zur *Schutzzollpolitik* (1879)³²⁾ gibt mit dem Freihandel eine Grundforderung der liberalen Wirtschafts-idee auf. In dieser Maßnahme verbindet sich ebenso wie in der Gründung der *Reichsbank* (1875)³³⁾ und in dem Übergang zum *Staatsbahnprinzip* (1878—1885)³⁴⁾ das Interesse an einer Stärkung der Reichsgewalt mit der überkommenen patriarchalisch-antikapitalistischen Staatsvorstellung³⁵⁾ und neueren Auffassungen über die Notwendigkeit staatlicher Wirtschaftsförderung. Neben diesen und anderen Interventionen, durch die eine fördernde und lenkende Wirtschaftspolitik die liberalen Grundsätze der Gewerbe-freiheit und der Bergbaufreiheit modifizierte, beteiligte sich der Staat, besonders Preußen, in nicht unerheblichem Maße selbst am Wirtschaftsprozeß, indem er Domänen, Forsten, Gruben und Eisenhütten betrieb. Die deutsche Industrialisierung ist somit in ihrem Tempo und ihrer Eigenart durch eine verhältnismäßig intensive Einfluß-nahme des Staates gekennzeichnet.

Mit der Industrialisierung trat zwischen Reichsgründung und erstem Weltkrieg eine tiefgreifende Veränderung der Struktur der *arbeitenden Bevölkerung* ein. Während sich die Zahl der Arbeiter in Industrie und Bergbau fast verdoppelt und 1913 9,5 Millionen erreicht, geht die der land- und forstwirtschaftlichen Arbeiter von 6 auf 5 Millionen zurück³⁶⁾. Die seit 1880 ausgeprägte Binnenwanderung vom landwirtschaftlichen Osten zum industriellen Westen³⁷⁾ ermöglicht die Zusammenballung des Industrie-proletariats. Mit der Bildung von Gewerkschaften als Massenorganisationen³⁸⁾ und von Arbeitgeberverbänden³⁹⁾ konkretisierte sich die schon seit

³¹⁾ RGZ 38, 155. — Dazu Carl von Katzler, Die Entscheidung des Reichsgerichts vom 4. 2. 1897 über die rechtliche Zulässigkeit von Kartellen und Syndikaten, in: Kartelle in der Wirklichkeit, Festschrift für Max Metzner, 1963, S. 143; Badura, Das Verwaltungsmonopol, 1963, S. 30 f.

³²⁾ Ivo N. Lambi, Free Trade and Protection in Germany 1869—1879, VSWG Beiheft 44, 1963.

³³⁾ Badura a. a. O. S. 101.

³⁴⁾ Rudolf Morsey, Die oberste Reichsverwaltung unter Bismarck 1867 bis 1890, 1957, S. 139 ff.; Rübner a. a. O. S. 81 ff.; Hans Herbert Wilhelmi, Staat und Staatseisenbahn, Diss. Frankfurt 1963 (auch im Archiv für Eisenbahnwesen 73, 1963); Badura a. a. O. S. 211.

³⁵⁾ Dahrendorf a. a. O. S. 51 ff.

³⁶⁾ Born a. a. O. S. 273.

³⁷⁾ Born a. a. O. S. 272.

³⁸⁾ Born a. a. O. S. 275; Helga Grebing, Geschichte der dt. Arbeiterbewegung, 1966, S. 102 ff.; Gerhard A. Ritter, Die Arbeiterbewegung im Wilhelmschen Reich, 1959.

³⁹⁾ Gerhard Erdmann, Die Dt. Arbeitgeberverbände im sozialgeschichtl. Wandel der Zeit, 1966.

dem Vormärz aufgetretene „soziale Frage“ zu der für den Hochkapitalismus typischen Auseinandersetzung von Arbeit und Kapital.

Der Staat reagierte auf die *soziale Frage* zunächst nicht sozialpolitisch, sondern gewerbepolizeilich. Beginnend mit dem Regulativ über die Beschäftigung jugendlicher Arbeiter in Fabriken vom 9. März 1839 (GS S. 156) kam in Preußen ein allerdings nur fragmentarisches System des Arbeiterschutzes zustande; ähnliche Regelungen, die hauptsächlich die Kinderarbeit beschränkten, wurden auch in anderen deutschen Staaten erlassen⁴⁰). Die Gewerbeordnung vom 21. 6. 1869 faßte diese Bestimmungen zusammen und verschaffte ihnen allgemeine Geltung. Nach der Reichsgründung wurde die Arbeiterschutzgesetzgebung allmählich verbessert⁴¹).

Mit der Einführung der Sozialversicherung (1883—1889) betrat das Reich den neuen Boden der *Sozialpolitik*. In der Begründung des ersten Entwurfs des Unfallversicherungsgesetzes (1881) berief sich Bismarck auf die „moderne Staatsidee“, wonach es dem Staate obliege, neben seinen defensiven, auf den Schurz bestehender Rechte abzielenden Aufgaben durch zweckmäßige Einrichtungen und durch Verwendung der zu seiner Verfügung stehenden Mittel der Gesamtheit das Wohlergehen aller seiner Mitglieder, namentlich der schwachen und hilfsbedürftigen, positiv zu fördern⁴²). Das deckt sich mit dem Programm der Katheder-Sozialisten, zu dessen Kernpunkten die Gründung einer obligatorischen Sozialversicherung gehörte⁴³). Die sich hier zeigende Umwälzung der Staatsvorstellung wurde von den Zeitgenossen klar erkannt. Eduard Rosenthal schrieb emphatisch: „Mit seiner, neuen Bahnen eröffnenden, Arbeiterversicherung wurde das Deutsche Reich zum Lehrmeister der Welt und leitete eine neue Epoche der Weltgeschichte, das Zeitalter des sozialen Staates ein.“⁴⁴)

Der in seinen Wirkungen so fortschrittliche „*Staatssozialismus*“ des Reiches erweist sich bei genauerer Betrachtung allerdings nicht als Verwirklichung der in der Weimarer Reichsverfassung und im Bonner Grundgesetz zur

⁴⁰) Günther K. Anton, Geschichte der preuß. Fabrikgesetzgebung bis zu ihrer Aufnahme durch die RGwO, 1953; Bechtel a. a. O. S. 241 ff.; Ernst Schraepfer, Quellen zur Geschichte der sozialen Frage in Deutschland, Bd. I, 1800—1870, 1955.

⁴¹) Bechtel a. a. O. S. 317 ff.

⁴²) Rosin Hirths Annalen 1898, 86.

⁴³) Birnie a. a. O. S. 243; Karl Erich Born, Staat und Sozialpolitik seit Bismarcks Sturz, 1957; ders., Idee und Gestalt des sozialen Rechtsstaates in der dt. Geschichte, in: Sozialer Rechtsstaat — Weg oder Irrweg? 1963, S. 81—105; Hans Gehrig, Die Begründung des Prinzips der Sozialreform, 1914.

⁴⁴) Der Wandel der Staatsaufgaben in der letzten Geschichtsperiode, 1913, S. 17. — Zu der Ausgliederung eines Reichswirtschaftsamt aus dem Reichsamt des Innern, d. h. der organisatorischen Verselbständigung der Handels-, Wirtschafts- und Sozialpolitik, kam es erst im Kriege (Lindena u., Zur reichsrechtl. Neuordnung der Wirtschafts- und Wohlfahrtspflege, DJZ 1917, 858 bis 862).

Anerkennung gelangten Idee des sozialen Rechtsstaates. Er verteidigte das Bündnis der Krone mit dem die Industrialisierung vorantreibenden Großbürgertum, indem er den Arbeitern soziale Sicherheit gab, die politische Emanzipation aber vorenthielt⁴⁵⁾. Die Staatsraison des preussischen Kaiserreichs liegt dem „Staatssozialismus“ ebenso zugrunde wie dem Sozialistengesetz (1878—1890). Die Sozialreform, „der volle Sonnenschein sozialer Gerechtigkeit“, sollte die polizeiliche Unterdrückung der Arbeiterklasse als Kampfmittel gegen die Sozialdemokratie ersetzen⁴⁶⁾.

Die wirtschafts- und sozialpolitische Beeinflussung der deutschen Industrialisierung durch den Staat sprengte den Rahmen der bürgerlichen Klassengesellschaft nicht. Dahrendorf kennzeichnet die soziale Struktur des kaiserlichen Deutschland in etwas großzügiger Vereinfachung als „industrielle Feudalgemeinschaft“ und seine politische Verfassung als „autoritärer Wohlfahrtsstaat“⁴⁷⁾. Der „monarchische Sozialismus“⁴⁸⁾ korrigiert das Grundprinzip des liberalen Rechtsstaates nur insoweit, als es zur Erhaltung und Entwicklung des bestehenden Gesellschaftszustandes erforderlich erschien. Ohne die politische Demokratie, d. h. ohne die Aufhebung des Klassencharakters des Proletariats durch seine Beteiligung an der politischen Willensbildung, ist Sozialpolitik nur ein obrigkeitlich verordnetes Palliativ, das die gegebene Herrschaft von Bildung und Besitz schützt und so die eigentliche Quelle der sozialen Frage unberührt läßt.

Die Wirtschafts- und Sozialpolitik des Kaiserreichs hat den sozialen Rechtsstaat und seine Wirtschafts- und Sozialverwaltung zwar vorbereitet, aber den entscheidenden Schritt von der autoritären Fürsorge zum demokratischen Wohlfahrtsstaat und vom lediglich freiheitsverbürgenden bürgerlichen Rechtsstaat zum lenkenden und leistenden Verwaltungsstaat noch nicht getan⁴⁹⁾. Wenn auch der Eintritt Deutschlands in das Industriezeitalter und die mit ihm verbundenen gesellschaftlichen Veränderungen Aufgaben und Stil der Verwaltung umwandelten, so ließen sie doch die Grundidee der Verfassung zunächst unberührt und gaben daher der Verwaltungsrechtslehre nicht einen die neuen Staatsaufgaben und Verwaltungszwecke systematisch integrierenden Blickwinkel.

⁴⁵⁾ Born Strukturwandel a. a. O. S. 276; Wilhelm Treue, Dt. Wirtschaftsführer im 19. Jahrhundert, HZ 167 (1943), 548/564; Otto Voßler, Bismarcks Sozialpolitik, HZ 167 (1943), 336—357.

⁴⁶⁾ Rudolph Sohm, Die sozialen Aufgaben des modernen Staates, 1898, S. 22 ff.

⁴⁷⁾ A. a. O. S. 72.

⁴⁸⁾ Elmer Roberts, Monarchical Socialism in Germany, 1913; Herbert von Beckerath, Politische und Wirtschaftsverfassung, Schmollers Jahrbuch 56/II (1932), 1098—1116.

⁴⁹⁾ Otto Bachof, Das Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtslehre, JZ 51, 538.

2. Der bürgerliche Rechtsstaat

Die Forderung, daß der Staat ein Rechtsstaat zu sein habe, war Programm der konstitutionellen Bewegung und zielte zuerst auf die Sphäre des Verfassungslebens. Doch mußte sie notwendig auch das Verständnis der Ausübung der Staatsgewalt durch die Exekutive verändern und so das Verwalten als Rechtsverwirklichung und nicht nur als Zweckverfolgung erscheinen lassen. Am Beginn der hierdurch bewirkten Umwandlung der Polizeiwissenschaft in eine Verwaltungsrechtswissenschaft steht Robert von Mohl⁵⁰⁾; noch bevor die beiden Schriften F. F. Mayers die Geschichte der Wissenschaft vom Verwaltungsrecht einleiteten, erschien die Monografie Carl Friedrich Gerbers⁵¹⁾, die nicht nur einen wesentlichen Beitrag zur Formulierung des Verhältnisses des Staates zum Verwaltungsunterworfenen als eines Rechtsverhältnisses leistete, sondern auch der neuen Wissenschaft methodisch den dann in Otto Mayer gipfelnden Weg wies. Bald darauf leiteten Otto Bähr⁵²⁾ und Rudolf von Gneist⁵³⁾ aus der Idee des Rechtsstaates die Notwendigkeit einer Rechtskontrolle der Verwaltungstätigkeit ab. „Damit der ‚Rechtsstaat‘ zur Wahrheit werde, genügt es nicht, daß das öffentliche Recht durch Gesetze bestimmt sei, sondern es muß auch eine Rechtsprechung geben, welche das Recht für den concreten Fall feststellt, und damit für dessen Wiederherstellung, wo es verletzt ist, eine unzweifelhafte Grundlage schafft.“⁵⁴⁾

Die Bedeutung Robert von Mohls für die Entstehung des Verwaltungsrechts als selbständiger Wissenschaft liegt weniger in der äußerlichen Neuerung, das Staatsrecht in Verfassungs- und Verwaltungsrecht einzuteilen⁵⁵⁾, obwohl damit die notwendige Folgerung aus dem Prinzip der Gewaltenteilung für die Theorie des öffentlichen Rechts gezogen wird. Entscheidend war, daß er die verwaltungsrechtlichen Verhältnisse von denen des Verfassungsrechts in Abhängigkeit brachte, derart, daß er ihre Bestimmung darin erblickte, „die Vorschriften der Verfassung in das Leben ein-

⁵⁰⁾ Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg, 1. Theil 1829, 2. Theil 1831; 2. Aufl. 1840.

⁵¹⁾ Ueber öffentliche Rechte, 1852.

⁵²⁾ Der Rechtsstaat, 1864.

⁵³⁾ Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 1872; 2. Aufl., 1879.

⁵⁴⁾ Bähr a. a. O. S. 192.

⁵⁵⁾ Staatsrecht a. a. O. Erster Theil, das Verfassungsrecht, § 4 Begriff und Einteilung des Staatsrechts. — Das im zweiten Teil behandelte Verwaltungsrecht ist in drei Kapitel unterteilt: Allgemeine Grundsätze über Staatsverwaltung, Die Organisation der württemb. Staatsverwaltung, Die Verwaltung der einzelnen Regierungszweige (1. Abt. Verwaltung der Rechtspflege, 2. Abt. Verwaltung der Polizei). Die 2. Abt. des 3. Kapitels besitzt folgende fünf Abschnitte: Rechts-Polizei, Hülf-Polizei, Kriegswesen, Auswärtige Angelegenheiten, Finanz-Verwaltung.

zuföhren und auf die einzelnen Fälle anzuwenden“. Die sich daraus ergebende Folgerung kommt sogleich in dem Titel des ein Jahr später erschienenen Lehrbuchs der Polizeiwissenschaft zum Ausdruck: „Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates“ (1. Bd. 1832, 2. Bd. 1833); dies besagt nichts anderes als „Verwaltungsrechtswissenschaft“⁵⁶⁾. In der Tat stellt dieses Buch eine detailliertere Ausführung des bereits im zweiten Teil („das Verwaltungsrecht“) des „Staatsrechts“ enthaltenen Abschnitts „Hülf-Polizei“ dar. Die drei Bücher des ersten Teils der „Polizeiwissenschaft“⁵⁷⁾ stimmen bis in die einzelnen Gliederungspunkte mit den drei Unterabschnitten des Abschnitts „Hülf-Polizei“ im „Staatsrecht“ überein. Bei Robert von Mohl findet sich somit zuerst die durch die Rechtsstaatsidee hervorgebrachte und systematisch geleitete Bearbeitung der Verwaltungsphänomene mit der Intention einer Verwaltungsrechtswissenschaft.

Die Idee des Rechtsstaates, als deren Verwirklichung das Verwaltungsrecht und die Verwaltungsrechtswissenschaft entstanden, wird mit scheinbar so zeitlosen Merkmalen nicht hinreichend verdeutlicht, daß der als Rechtsstaat gestaltete Staat „das Recht zur Grundbedingung seines Daseins erhebe“, und daß in ihm das Verhältnis zwischen Regierenden und Regierten nicht ein solches einseitiger Gewalt, sondern des Rechts sein solle⁵⁸⁾. Auch die Angabe, daß die Ausübung öffentlicher Gewalt im Rechtsstaat an das Recht „gebunden“, durch das Recht „begrenzt“, nur in den „Schranken“ des Rechts erlaubt sei⁵⁹⁾, läßt zwar erkennen, daß der Rechtsstaat im Bereich der Verwaltung eine an sich als nichtrechtlich aufzufassende „Gewalt“ durch das „Recht“ bändigen will, läßt aber offen, welches „Recht“ der „Rechtsstaat“ meint. Nimmt man diesen Begriff als eine revolutionäre⁶⁰⁾ Idee der bürgerlichen Gesellschaft, die sich mit der ihre Entwicklung hindernden Monarchie auseinandersetzt⁶¹⁾, wird auch der von ihm implizierte Begriff des Rechts deutlicher. Das „Recht“ des bürgerlichen Rechtsstaats ist auf der Ebene der Verfassung das liberale Vernunftrecht, das eine Konstitution mit Gewaltenteilung und den Grundrechten der Freiheit und des Eigen-

⁵⁶⁾ „In der dunklen Hülle der Polizeiwissenschaft lag hier bereits der fruchtbare Keim der Verwaltungslehre“ (Hermann Schulze, nach Stintzing/Landsberg, Geschichte der Dt. Rechtswissenschaft, III/2, 1910, S. 407).

⁵⁷⁾ 1. Theil: Materielle Grundsätze; 2. Theil: Formelle Grundsätze (Organisation der Polizei-Behörden, Verfahren in Polizei-Sachen). Die drei Bücher des ersten Teils sind überschrieben: Sorge des Staates für die physische Persönlichkeit der Bürger, Sorge des Staates für die geistige Persönlichkeit der Bürger, Sorge des Staates für das Vermögen der Bürger.

⁵⁸⁾ Beide Formulierungen bei Bähr a. a. O. S. 2.

⁵⁹⁾ Bähr a. a. O. S. 52; Gerber a. a. O. S. 75 f.

⁶⁰⁾ „Revolutionär“ bezieht sich auf die gesellschaftliche Praxis des deutschen 19. Jahrhunderts.

⁶¹⁾ Vgl. E. R. Huber, Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft (1962), in: ders., Nationalstaat und Verfassungsstaat, 1965, S. 250 f.

tums fordert⁶²⁾, auf der Ebene der Verwaltung aber das Gesetz. Der als „Gewalt“ gedeuteten Verwaltung tritt das unter der Mitwirkung bürgerlicher Repräsentativorgane zustandegekommene Gesetz als „Recht“ begrenzend entgegen: *Gesetzmäßigkeit der Verwaltung*⁶³⁾. Die damit geschaffene Unterordnung des Verwaltens unter das Gesetz wird in der Verrechtlichung des Verhältnisses der Verwaltung zu den Verwaltungsunterworfenen durch das Verwaltungsrecht zur Vervollkommnung des Rechtsstaats. „Der Staat, der für seine Verwaltung kein Gesetz hat und keinen Verwaltungsakt, ist kein Rechtsstaat.“⁶⁴⁾

⁶²⁾ Der den Wolffschen Eudämonismus abwehrende liberale Charakter der Rechtsstaatsidee tritt in der Kantischen Rechtsphilosophie, die für den deutschen Rechtsstaatsbegriff bestimmend geworden ist (vgl. Huber a. a. O. S. 255), klar zutage: „Recht ist die Einschränkung der Freiheit eines jeden auf die Bedingung ihrer Zusammenstimmung mit der Freiheit von jedermann, insofern diese nach einem allgemeinen Gesetze möglich ist.“ Das Recht grenzt Freiheitssphären voneinander ab; der Zweck der Gesetzgebung ist also ein durchaus negativer, rechts- und freiheitsbewahrender, die „Glückseligkeit“ der einzelnen zu fördern, ist ihre Aufgabe nicht (Teil II der Schrift „Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, 1798). — Bei Robert von Mohl ist der Rechtsstaat nicht in dieser vernunftrechtlichen Begrenzung gedacht (Erich Angermann, Robert von Mohl, 1962, insb. S. 97 ff., 211 ff.; H. Maier a. a. O. S. 262 ff.). Er definiert in der „Polizeiwissenschaft“: „Ein Rechtsstaat kann ... keinen anderen Zweck haben als den: das Zusammenleben des Volkes so zu ordnen, daß jedes Mitglied desselben in der möglichst freien und allseitigen Übung und Benutzung seiner sämtlichen Kräfte unterstützt und gefördert werde.“ Wenn auch die freie Persönlichkeit der Bürger oberstes Prinzip ist (Angermann a. a. O. S. 139), so wird doch diese Freiheit nicht allein dem freien Spiel der gesellschaftlichen Kräfte überlassen, sondern dem Staat ein Wohlfahrtszweck in dem Sinn zugeschrieben, daß er die Möglichkeit dieser Freiheit herstellen und erhalten soll. Diese Wohlfahrtsfunktion, in der sich der vorliberale Eudämonismus mit Einsicht in die soziale Frage in eigentümlicher Weise verbindet, wird als „Polizei“ bezeichnet, woraus sich der besondere Begriff der Polizei bei Robert von Mohl erklärt, mit dem gerade nicht Gefahrenabwehr, sondern Wohlfahrtsförderung gemeint ist (Gehrig a. a. O. S. 231; Kurt Wolzendorff, Der Polizeigedanke des modernen Staats, 1918, S. 173). Der liberale Grundton bleibt aber insofern erhalten, als die polizeiliche „Sorge“ nur als subsidiäre Unterstützung eintreten soll (Angermann a. a. O. S. 129 f.), also an sich irregulär ist. — Auch Rudolf Gneist (Rechtsstaat, a. a. O., 2. Aufl., S. 30 f.) sieht im Staat nicht eine „bloße Rechtsassekuranz“, sondern gibt ihm neben dem „Kulturzweck“ auch einen durch die „soziale Frage“ bedingten „Wohlfahrtszweck“. Dessen irregulärer Charakter wird aber noch stärker unterstrichen, indem die Fürsorge für das wirtschaftliche Wohl als Sache der Gesellschaft, der „Beruf des Staates“ in diesem Bereich nur als ein abwehrender, ausgleichender, ergänzender bezeichnet wird.

⁶³⁾ Vgl. Forsthoff VerwR a. a. O. S. 31 f.; Otto Mayer Dt. VerwR § 5; Herbert Krüger, Allgem. Staatslehre, 1964, S. 785, 816. — Eine Geschichte der Idee des Eingriffsvorbehalts und seiner Verwirklichung im positiven Recht bei Dietrich Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 102 ff.

⁶⁴⁾ Otto Mayer Dt. VerwR S. 66.

Die durch das Gesetz vermittelte Bindung der Verwaltung an das „Recht“ bedeutet ihre Beschränkung auf die Verwirklichung der *liberalen Staatszwecke*. Denn, der Idee nach⁶⁵⁾ und weitgehend auch praktisch⁶⁶⁾, ist das Gesetz des bürgerlichen Rechtsstaates nicht Instrument der Sozialgestaltung, sondern nur Mittel zur Herstellung und Bewahrung einer Ordnung koexistierender Freiheiten, so daß durch das Bindeglied der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, insbesondere des Vorbehalts des Gesetzes, die Verwaltungszwecke auf die Zwecke des liberalen Staates reduziert werden. Die Durchsetzung des Rechtsstaates mußte Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft hervorbringen, sie mußte aber zugleich dem Verwaltungsrecht und der Verwaltungsrechtswissenschaft die dem bürgerlichen Rechtsstaat eigentümliche Begrenzung weitergeben. Indem die liberalen Staatszwecke („Rechts-“ und „Machtzweck“) die Erhebung öffentlicher Abgaben, vor allem von Steuern, und die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung als die wesentlichen und einzig regulären Verwaltungszwecke legitimierten, die Darreichung von Leistungen und die Gestaltung gesellschaftlicher Zustände und Vorgänge („Wohlfahrtszweck“) jedoch nur als sekundäre und eigentlich irreguläre Verwaltungszwecke zuließen, mußten sie diese Eigenart auch dem Verwaltungsrecht und der Verwaltungsrechtswissenschaft aufdrücken. Die Verwaltungsrechtswissenschaft, deren theoretische Bemühung die Verwaltungspraxis als in Freiheit und Eigentum kraft Gesetzes „eingreifende“ Verwaltung erfuhr und in dieser Gestalt auch nach dem Maßstab des Rechtsstaates legitimiert wußte, rückte mit Notwendigkeit den nach dem Vorbild des Steuerbescheids und der Polizeiverfügung konstruierten Verwaltungsakt in die Mitte ihres Systems. Die für die erste Periode des wissenschaftlichen Verwaltungsrechts kennzeichnende Gleichsetzung von Verwaltung und Eingriffsverwaltung ist somit nicht daraus zu erklären, daß die in der Anschauung gegebene Verwaltung nur Finanz- und Polizeiverwaltung gewesen wäre, was nicht der Fall war, sondern sie ist das natürliche Ergebnis einer Theorie des Verwaltungsrechts, die ihren Blickwinkel von der Idee des bürgerlichen Rechtsstaates empfängt. So wie der Gesetzgeber des liberalen Staates durch das Gesetz die Grenze zwischen gesellschaftlicher Freiheit und staatlichem Gemeinwohl zog, so zog die Verwaltung dieselbe Grenze durch den Verwaltungsakt. Otto Mayer folgte daher der Logik des bürgerlichen Rechtsstaates, wenn er den Verwaltungsakt als Kernstück des Verwaltungsrechts herausarbeitete.

Die liberale Rechtsstaatsidee beruht zwar auch in Deutschland auf der Scheidung von Staat und Gesellschaft, doch gelangte die weitere Vorstellung, daß die Gesellschaft eine autonome Sphäre von Besitz und Bildung sei, für

⁶⁵⁾ Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 1958.

⁶⁶⁾ Zwei eindrucksvolle Beispiele sind die preuß. Allgemeine Gewerbe-Ordnung vom 17. 1. 1845 (GS S. 41) und das Allgemeine Berggesetz für die Preussischen Staaten vom 24. 6. 1865 (GS S. 705); hierzu Badura, Das Verwaltungsmonopol, 1963, Textziffern 38 und 63.

die der Staat lediglich Recht und Ordnung zu bewahren habe, nicht zur ausschließlichen Geltung. Die starke Stellung des die Monarchie tragenden grundbesitzenden Adels hinderte es, daß der Staat uneingeschränkt zum ~~Instrument der bürgerlichen Gesellschaft~~ werden konnte. Das Bündnis von Krone und Bürgertum, das in der konstitutionellen Monarchie seinen verfassungsrechtlichen Ausdruck fand, ohne die monarchische Legitimität in Frage zu stellen, ermöglichte es, im Staat eine selbständige und über den Klassen stehende Größe zu sehen. Angesichts dieser gesellschaftlichen und politischen Situation war der Hegelsche Staat der „objektiven Freiheit“ ideologisch wirksamer als der liberale Rechtsstaat Kants. So galt zwar der Rechtszweck des Staates als Prinzip, doch behauptete sich daneben ein subsidiärer Wohlfahrtszweck. Diese charakteristische Verbindung zeigt sich in Robert von Mohls „Rechtsstaat“ und „Polizei“, ist aber überhaupt eine allgemeine Vorstellung. Friedrich Harkort schreibt in seinen „Bemerkungen über die Hindernisse der Zivilisation und Emanzipation der untern Klassen“ (1844): „... der Staat muß einschreiten, um fernem Verderben zu wehren, damit der Strom des Pauperismus nicht unaufhaltsam wachsend die gesegneten Auen des Vaterlandes unheilbringend überschwemme... Vom Staat verlangen wir, daß er nicht allein gebietend, sondern auch helfend und fördernd einschreite.“⁶⁷⁾ Die durch die soziale Frage hervorgerufene Betonung des Wohlfahrtszwecks wurde durch die bis in die Jahrhundertmitte lebendige Tradition der Polizeiwissenschaft begünstigt und konnte in der organischen Staatsauffassung eine philosophische Rechtfertigung finden. Der Gießener Professor der Staats- und Cameralwissenschaften Friedrich Schmitthenner erblickte in seiner Schrift „Ueber Pauperismus und Proletariat“ (1848), mit der er einen Abschnitt aus dem zehnten seiner Zwölf Bücher vom Staat, das die Polizei behandelt, selbständig veröffentlichte, die Ursache des Pauperismus in einer mangelhaften Organisation der Gesellschaft. Zur Beseitigung der Gründe des Pauperismus entwickelte er Vorschläge für gesetzliche Verbesserungen der Gemeinde-, Agrar- und Gewerbeverfassung, die er aus einem „positiven Liberalismus“ ableitet. Gegenüber dem als überholt zu betrachtenden liberalen Atomismus und seiner Idee der abstrakten Volksfreiheit und gegenüber dem als utopisch anzusehenden Maschinismus des Sozialismus beruft er sich auf die Einsicht in die „organischen Grundlagen der Gesellschaft“ und die Wichtigkeit der „Staatskraft“. Für Schmitthenner ist der Zweck des Staates die Wohlfahrt seiner Mitglieder; durch seine Anstalten und Anordnungen auf dem Gebiet der geistigen Kultur, der Produktion und des Verkehrs solle der Staat eine möglichst große Zahl von Menschen in den Stand setzen, ihre Bestimmung zu erreichen.

Da die Idee des Rechtsstaates zunächst nicht liberal verengt gedacht wurde, zeigen folgerichtig die ersten Bemühungen zu einer Theorie des Verwaltungsrechts noch nicht die Reduktion auf eine Theorie der Eingriffsverwaltung, sondern vielmehr den Versuch, auf unterschiedlicher ideeller

⁶⁷⁾ Schraepler Quellen a. a. O. I, 51.

Grundlage einen Wohlfahrtszweck der Verwaltung zu begründen. Das gilt nicht nur für Robert von Mohl. Ausgehend von der Forderung nach einem „praktischen Socialismus“ unterschied Heinrich Bernhard Oppenheim als die zwei Hauptteile der Verwaltung die „Polizei“, die die Sicherheit und den Schutz der Bürger zu erhalten, und die „Volkswirtschafts-Pflege“, die den Wohlstand nach Kräften und nach Möglichkeit zu befördern habe⁶⁸⁾. In der „Verwaltungslehre“ Lorenz von Steins⁶⁹⁾ hat diese methodische Linie, die einerseits die Theorie der Verwaltung nicht auf die liberale Idee des Rechtsstaates stützte, andererseits ein wissenschaftliches System des Verwaltungsrechts nicht hervorzubringen vermochte, ihren Höhepunkt erreicht. Lorenz von Stein begründete seine Lehre der „socialen Verwaltung“ auf die Erfahrung der gesellschaftlichen Bedingungen seiner Zeit und die Idee des Hegelschen Staates, der durch seine „höhere Natur“⁷⁰⁾ zur Lösung der sozialen Frage berufen sei. Die Aufgabe der Sozialpolitik wird dem monarchischen Staat zugeschrieben, weil dieser durch seine Klassen- und Interessenneutralität allein befähigt sei, Klassen und Interessen unter die in ihm und durch ihn Wirklichkeit gewinnende sittliche Idee zu beugen, um so die Entfaltung der sittlichen Persönlichkeit aller Staatsbürger zu gewährleisten. Die Verwaltung ist die „Arbeit“ dieser Staatsidee des „sozialen Königtums“⁷¹⁾, durch das die Klassengesellschaft zwar erhalten, der Klassenkampf aber in Schranken gewiesen werden soll⁷²⁾. Lorenz von Steins „sociale Verwaltung“ ist nicht das Instrument einer demokratischen Gesellschaft, sondern ein durch den Staat gebrauchtes Korrektiv gegenüber der dem Staat entgegengesetzten Gesellschaft. „Der Staat soll durch seine Verwaltung niemals und unter keinen Umständen etwas anderes leisten, als die Herstellung der Bedingungen der persönlichen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklung, welche der Einzelne sich nicht selber zu schaffen vermag, und es dann dem Einzelnen und seiner

⁶⁸⁾ Philosophie des Rechts und der Gesellschaft, 1850, S. 142 f.

⁶⁹⁾ Erich Angermann, Zwei Typen des Ausgleichs gesellschaftlicher Interessen durch die Staatsgewalt, in: Werner Conze (Hrsg.), Staat und Gesellschaft im dt. Vormärz, 1962, S. 172—205; Ernst - Wolfgang Böckenförde, Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat, in: Alteuropa und die moderne Gesellschaft, Festschrift für Otto Brunner, 1963, S. 248—277; Ernst Rudolf Huber, Lorenz von Stein und die Grundlegung der Idee des Sozialstaats (1941/42), in: ders., Nationalstaat und Verfassungsstaat, 1965, S. 127—143.

⁷⁰⁾ Die Verwaltungslehre, 1.—2. Aufl., I/1 (1869), 31.

⁷¹⁾ Die Verwaltungslehre, II (1866), S. VI; Lehrbuch der Finanzwissenschaft, 5. Aufl., 1885, Einleitung; Gegenwart und Zukunft a. a. O. S. 144.

⁷²⁾ Finanzwissenschaft a. a. O. I, S. 148 ff.; Gegenwart und Zukunft a. a. O. S. 115, 140 ff. — Das Programm der Katheder-Sozialisten stimmt damit überein (vgl. Rosenthal a. a. O. S. 16); auf der Gründungstagung des Vereins für Sozialpolitik (Oktober 1872) erklärte Schmoller: „Der Staat ist ein Wächter des allgemeinen Rechtes gegenüber den egoistischen Klasseninteressen“ (Ludwig Brügel, Soziale Gesetzgebung in Österreich von 1848 bis 1918, 1919, S. 5).

freien selbständigen Tat überlassen, aus der Benützung dieser Bedingung sich sein eigenes Leben zu bilden und zu entwickeln.“⁷³⁾

Der auch eine Wohlfahrtsfunktion des Staates und seiner Verwaltung umfassende Begriff des Rechtsstaates unterlag der in der Wissenschaft vom öffentlichen Recht seit Gerber zur Vorherrschaft gelangenden Idee des liberalen Rechtsstaates, und ebenso vermochte sich die soziologische Methode der Verwaltungsrechtswissenschaft, die ihr System auf den Verwaltungszwecken aufbaute, nicht gegenüber der „juristischen“ Methode Georg Meyers und Otto Meyers zu behaupten, deren System sich an den Rechtsformen des Verwaltens orientierte. Der Wohlfahrtszweck der Verwaltung degenerierte zu der Figur der „Staatspflege“, die schließlich aus der Verwaltungsrechtstheorie als ein Fremdkörper überhaupt ausgeschieden wurde. Immerhin sind, neben dem wenig fruchtbaren Werk Hermann Roeslers⁷⁴⁾, die Arbeiten des Staatswissenschaftlers Hans von Scheel⁷⁵⁾ und des österreichischen Verwaltungsrechtlers Josef Ulbrich⁷⁶⁾ als Versuche zu verzeichnen, die Verwaltungsrechtslehre vor der liberalen Verkürzung ihrer Kategorien zu bewahren. Hans von Scheel sieht in der „sozialen Frage“ ein Phänomen der wirtschaftlichen Unfreiheit und Ungleichheit, deren Überwindung durch vom Staat zu leistende Demokratisierung der Gesellschaft zu erfolgen habe. Die früher heilsamen Prinzipien des Liberalismus, die grundsätzliche Begrenztheit der Staatsgewalt und die Maxime der Nichtintervention, seien nunmehr ein Hemmnis des sozialen Fortschritts. Die soziale Frage löse sich konkret „in juristisch-ökonomische, man könnte sagen: verwaltungsrechtliche Fragen“ auf⁷⁷⁾, nämlich die Beschränkung des Großkapitals, den Schutz des Kleinbesitzes und die Integration der Lohnarbeiter. Es handle sich bei der sozialen Frage um „Reformen in der wirtschaftlichen Rechtssphäre, um eine mehr oder weniger fühlbare und eingreifende Veränderung in der Rechtsorganisation der wirtschaftlichen Gesellschaft“⁷⁸⁾.

⁷³⁾ Verwaltungslehre, II (1866), 59.

⁷⁴⁾ Das Sociale Verwaltungsrecht, 2 Bde, 1872/73. — Vgl. dazu Forsthoff a. a. O. S. 45.

⁷⁵⁾ Die Theorie der sozialen Frage, 1871. — Dazu Rudolf Piepenbrock, Der Gedanke eines Wirtschaftsrechts in der neuzeitlichen Literatur bis zum ersten Weltkrieg, 1964, S. 114 f.

⁷⁶⁾ Der Rechtsbegriff der Verwaltung, Grünhuts Ztschr. 9 (1882), 1—36; Grundzüge des österreichischen Verwaltungsrechts, 1884; Das Verwaltungsrecht im Rechts- und Culturstaate der Gegenwart, 1898.

⁷⁷⁾ A. a. O. S. 76. — Eine sehr bemerkenswerte Parallele ist eine Äußerung, die Beatrice Webb zugeschrieben wird: „Ich habe an der London School of Economics das Studium des Verwaltungsrechts eingeführt; denn das Verwaltungsrecht ist der Kollektivismus im Keim“ (Jean Touchard, Histoire des Idées Politiques, Bd. 2, 1962, S. 755). Ein derartiger Zusammenhang zwischen Sozialreform und Verwaltungsrecht ist in der am liberalen Rechtsbegriff orientierten Verwaltungsrechtslehre juristisch nicht darstellbar.

⁷⁸⁾ A. a. O. S. 137.

Ulbrich begreift die Verwaltung als die Fürsorge des staatlichen Gemeinwesens für die Gemeinbedürfnisse der Gesamtheit und schreibt ihr daher einen „socialen“ Charakter zu⁷⁹⁾. Diese Eigenart habe sich historisch in drei Stufen fortschreitender „Socialisierung“⁸⁰⁾ entfaltet⁸¹⁾: Während ursprünglich die polizeiliche Funktion im Mittelpunkt gestanden habe, beschränke die Verwaltung in der zweiten Stufe ihrer sozialisierenden Entwicklung die egoistische Nutzung des Grundeigentums und der Erwerbsmöglichkeit. Die dritte Stufe des Verwaltungsrechts beschränke den Staat nicht mehr auf eine bloß beaufsichtigende Tätigkeit gegenüber den Privaten, sondern führe dazu, daß die Verwaltung selbst bestimmte Sachen des Staatsvermögens zur Nutzung darbiete, Anstalten für wirtschaftliche Leistungen in Betrieb setze und „Berufsarbeiten“ wie Erziehung, durch Staatsdiener besorgen lasse. Deshalb besitze die Verwaltung neben den Bereichen des Finanzwesens und der Polizei die Funktion der „gemeinschaftlichen Produktion von Diensten durch öffentliche Anstalten“⁸²⁾ oder allgemeiner: der auf Ordnung, Schutz und Förderung der wirtschaftlichen und geistigen Bestrebungen der Bürger gerichteten „Staatspflege“⁸³⁾.

Die Versuche, die liberale Grundlage der Rechtsstaatsidee durch staats- und rechtsphilosophische Gedanken des deutschen Idealismus, des „Staatssozialismus“ oder des Sozialismus zu ergänzen oder aufzuheben, sozialgestaltende Aufgaben des Staates selbständig zu legitimieren und soziale Verwaltungszwecke in das System der Verwaltungsrechtslehre zu integrieren, blieben zunächst erfolglos. Die neue Verwaltungsrechtswissenschaft bildete ihr Instrumentarium und ihre Systematik im Hinblick auf die in der Eingriffsverwaltung zu Tage tretenden Formen der Verwirklichung der liberalen Verwaltungszwecke. Die Verwaltung hatte jedoch niemals auf die Verfolgung des Kultur- und Wohlfahrtszweckes ganz verzichtet, nach der Reichsgründung wurden auch sozialinterventionistische Maßnahmen von durchaus nicht nur peripherer Bedeutung durchgeführt, wie die Sozialversicherung, der Übergang Preußens zum Staatsbahnprinzip und die Kommunalisierung der Versorgungs- und Verkehrsbetriebe. Diese, aus der dem bürgerlichen Rechtsstaat zugrundeliegenden liberalen Staatsvorstellung nicht mit Notwendigkeit ableitbaren Phänomene mußten folgerichtig auch in der Verwaltungsrechtswissenschaft der begrifflichen Durchdringung und der systematischen Einordnung ermangeln. Andererseits konnten sie nicht mit

⁷⁹⁾ Grundzüge a. a. O. S. 3; Verwaltungsrecht a. a. O. S. 3 f.

⁸⁰⁾ „Die Verwaltungsthätigkeit des modernen Staates entwickelt sich ... zur stufenweisen Socialisierung, indem das Individuum in immer mehr gesteigertem Maasse in den Dienst des Gesamtinteresses gestellt wird und indem die Collectivbethätigung des Staates und der ihm eingegliederten Communalverbände an Intensität und Extensität zunehmen“ (Verwaltungsrecht a. a. O. S. 9).

⁸¹⁾ Verwaltungsrecht a. a. O. S. 9 ff.

⁸²⁾ Grundzüge a. a. O. S. 4.

⁸³⁾ Rechtsbegriff a. a. O. S. 3 f.

Stillschweigen übergangen werden. Die Art und Weise, in der sich diese Wirklichkeiten in der verwaltungsrechtlichen Begrifflichkeit niederschlugen, wird im folgenden an dem Begriff der „Staatspflege“ und an der Behandlung der kommunalen Versorgungs- und Verkehrsbetriebe gezeigt werden.

II. Wohlfahrtspolizei und Staatspflege

Der bürgerliche Rechtsstaat sah als seinen nunmehr überwundenen Gegentyp den Staat des aufgeklärten Absolutismus, der im Hinblick auf seine Verwaltung „Polizeistaat“ und wegen der in ihm wirksamen Staatszwecke „Wohlfahrtsstaat“ genannt wurde. Dieser Staat blieb trotz seiner Aufgeklärtheit — und das heißt trotz seiner Konzessionen an das Vernunftrecht des Bürgertums⁸⁴⁾ — insofern absolutistisch, als er die „Wohlfahrt“, die „Glückseligkeit“ seiner Untertanen obrigkeitlich verordnete, und als er mit dieser Idee der Wohlfahrtsförderung, deren Theoretiker Christian Wolff wurde, das ihn beherrschende Gesetz der Staatsräson maskierte⁸⁵⁾. Das Agens der Reglementierungen und Begünstigungen dieses „Wohlfahrtsstaates“ war die kraftvolle Existenz des Fürstenstaates, dessen Aufgeklärtheit sich in der Einsicht in die Bedeutung des Wirtschaftslebens für diese Existenz äußerte, aber dabei merkantilistisch dachte und handelte. Diese Andeutungen genügen, um jeder Behauptung über eine ideelle oder praktische Verwandtschaft zwischen dem spätabolutistischen „Wohlfahrtsstaat“ und dem heutigen demokratischen Wohlfahrtsstaat den Boden zu entziehen.

Der Absolutismus verwirklichte kraft seines „ius politiae“ seinen Wohlfahrtszweck „polizeistaatlich“ in dem bereits beschriebenen Sinn. „Polizey“ ist der absolutistische Ausdruck für „Wohlfahrtspflege“ als Staatszweck und als Staatstätigkeit. Für Johannes Heumann von Teutschenbrunn, dessen „Initia iuris politiae Germanorum“ (1757) als erste Ausarbeitung eines wissenschaftlichen Systems der absolutistischen „Polizey“ angesehen werden⁸⁶⁾, besteht die Polizei „in perfecta vitae civilis felicitate“

⁸⁴⁾ Hermann Conrad, Rechtsstaatliche Bestrebungen im Absolutismus Preußens und Österreichs am Ende des 18. Jh., 1961.

⁸⁵⁾ Vgl. Kurt Wolzendorff, Der Polizeigedanke des modernen Staats, 1918, S. 17 ff., 31. — Zu den merkantilistischen „Polizeiordnungen“: Gustav Klemens Schmelzeisen, Polizeiordnungen und Privatrecht, 1955, S. 286 ff.; ders., Wirtschaftsrecht im 16. bis 18. Jahrh., in: Aspekte sozialer Wirklichkeit, 1958, S. 9—22; H. Maier a. a. O. S. 96 ff.

⁸⁶⁾ Nach Rudolf Piepenbrock, Der Gedanke eines Wirtschaftsrechts in der neuzeitl. Literatur bis zum ersten Weltkrieg, 1964, S. 53. — Die ältere Entwicklung der „Polizei“ von der Bezeichnung des Zustandes guter Ordnung des Gemeinwesens (bis zum Ende des 17. Jh.) bis zum Namen einer bestimmten Behörde und schließlich zu der Kennzeichnung einer bestimmten staatlichen Tätigkeit (im 18. Jh.) schildert und analysiert Franz-Ludwig Knemeyer, Polizeibegriffe in Gesetzen des 15. bis 18. Jh., AöR 92 (1967), 153.

und sind Polizeivorschriften „leges publicae ad optatissimum iustum vitae civilis statum consequendum accomodatae“. Bei Johann Jakob Moser, Von der Landeshoheit in Polizeysachen (1773), ist Polizei verstanden als „I. gute Ordnung im gemeinen Leben und Wandel, II. die Beförderung der äußerlichen Glückseligkeit der Untertanen“. Gegen Ende des Jahrhunderts wurde es üblich, zwischen der Staat und einzelne gegen drohende Gefahren schützenden „Sicherheitspolizei“ und der positiv das Gemeinwohl fördernden „Wohlfahrtspolizei“ zu unterscheiden⁸⁷⁾. In dieser Begrifflichkeit spiegeln sich die Angriffe wider, die sowohl gegen die spätabsolutistische Lehre und Praxis des „Wohlfahrtsstaats“, als auch gegen den zugrundegelegten Begriff der Polizei gerichtet wurden; in jenen nimmt Kant, in diesen Pütter eine führende Stellung ein. Hierin kündigt sich die allerdings erst nach 1848 klar durchgesetzte⁸⁸⁾ Ausscheidung der Wohlfahrtsförderung aus dem Polizeibegriff an. Der Polizeibegriff des bürgerlichen Rechtsstaates entspricht der spätabsolutistischen „Sicherheitspolizei“.

Das Verdienst, den Polizeibegriff zuerst in der später für den bürgerlichen Rechtsstaat charakteristischen Gestalt, in der Beschränkung also auf

⁸⁷⁾ Arthur von Kirchenheim, Einführung in das Verwaltungsrecht, 1885, S. 84; Joseph Pözl, Lehrbuch des Bayer. Verwaltungsrechts, 3. Aufl., 1871, S. 213 ff., 351 ff.; Otto von Sarwey, Allgem. Verwaltungsrecht, in: Handbuch des Oeffentlichen Rechts, 1. Bd., 2. Halbbd., 1884, S. 63.

⁸⁸⁾ Auch Günther Heinrich von Berg legt in seinem „Handbuch des Deutschen Policeyrechts“ (1799 ff.) noch den spätabsolutistischen Polizeibegriff zugrunde, dabei Sicherheits- und Wohlfahrtspolizei scheidend (Bodo Dennewitz, Die Systeme des Verwaltungsrechts, 1948, S. 28; H. Maier a. a. O. S. 249 ff.); als Gegenstände der Wohlfahrtspolizei nennt er: „Die Nachteile des Volksmangels, der Ungesundheit, der häuslichen Unordnung, der Rohheit und Unwissenheit, der Sittenlosigkeit, der zufälligen Unglücksfälle und der Hindernisse der Land- und Stadtwirtschaft“ (nach Piepenbrock a. a. O. S. 55). — Der Polizeibegriff Robert von Mohls korrespondiert mit dessen sozialliberaler Rechtsstaatsidee (oben Anm. 62). Robert von Mohl leitet die dem Staat zukommenden Aufgaben, einen individualistischen Ausgangspunkt benutzend (vgl. Harald Schinkel, Polizei und Stadtverfassung im frühen 19. Jh., Staat 3, 1964, S. 315/321), aus der Art der Hindernisse ab, die sich dem einzelnen bei der Verfolgung seiner Zwecke in den Weg stellen. Das eine Hindernis sei der unrechtl. Willen anderer Menschen; dieses entferne der Staat, indem er durch seine „Justiz“, „Rechtsschutz“ gegen Rechtsverletzungen Dritter gebe. Das andere Hindernis seien Übermacht oder Ungunst äußerer Verhältnisse; um sie zu überwinden gebe der Staat dem einzelnen „Unterstützung“ durch seine „Polizei“, insb. indem er Vorkehrungen treffe und Anstalten bereithalte, die der einzelne zu seinem Nutzen anwenden dürfe (Staatsrecht a. a. O. I, 8 und II, 329 ff.; Polizeiwissenschaft a. a. O. I, 10; Art. Polizei, in: Carl v. Rotteck/Carl Welcker, Staats-Lexikon, 1848, X, 692/693 f.). Die drei Hauptgegenstände der „Polizei“ Robert von Mohls (Polizei a. a. O. S. 701, 709 ff.) sind die Sorge für die physische Person der Bürger (Wahrung der öffentlichen Sicherheit, Medizinalpolizei, Armenwesen), für die harmonische Ausbildung seiner Persönlichkeit (Unterrichtswesen) und für die Verhältnisse des einzelnen zur Güterwelt (Wirtschafts- und Währungspolitik, Förderung von Landwirtschaft und Gewerbe).

die *Abwehr von Gefahren* für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, entwickelt zu haben, wird Johann Stephan Pütter zugeschrieben⁸⁹⁾. In seinen „*Institutiones Juris Publici Germanici*“ (1770; 6. Aufl. 1802) bestimmt er das *ius politiae*, das neben der *potestas iudiciaria* und der *potestas criminalis* zu den im Wesen der Herrschaftsgewalt begründeten Herrschaftsrechten gerechnet wird⁹⁰⁾, als: „*Ea supremae potestatis pars, qua exercetur cura avertendi mala futura in statu reipublicae interno in commune metuenda*“ (§ 321, in den späteren Auflagen § 331). Pütter erläutert, daß kraft der Polizeigewalt die „*libertas civium naturalis*“ durch Verbote und Gebote insofern eingeschränkt werde, als von ihr ein „*malum futurum*“ befürchtet werden könne, und schließt mit dem Satz: „*Promovendae salutis cura proprie non est politiae, nisi quatenus ea mente agitur, ut tanto lautior sit status isti malo, quod metuebatur, directe oppositus*“, dem seit der 5. Auflage (1792) noch hinzugefügt ist „... aut forte vonnexitas obiecti efficit, ut unum cum altero iunctim politiae committatur“⁹¹⁾. Dem folgend

⁸⁹⁾ Edmund Bernatzik, Verwaltungsrecht, II. Polizei und Kulturpflege, in: Systematische Rechtswissenschaft (Kultur der Gegenwart II/VIII), 1906, S. 387; Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931, S. 423 f.; H. Maier a. a. O. S. 198; Wolzendorff Polizeigedanke a. a. O. S. 72.

⁹⁰⁾ Mit der inhaltlichen Begrenzung des *ius politiae* wird daher nicht schon der spätere, verwaltungsrechtliche Polizeibegriff gebildet, sondern im Sinne eines philosophischen Staatsrechts eine Aussage zugleich über den Staatszweck und den Wirkungskreis der inneren Verwaltung gemacht (vgl. Rüfner a. a. O. S. 53).

⁹¹⁾ In diesem Satz sieht Wolzendorff (Polizeigedanke a. a. O. S. 71 f.) eine undeutliche Verwässerung des am Anfang des Paragraphen formulierten eingeschränkten Polizeibegriffs. Auf diese Beurteilung offenbar anspielend bezeichnet Franz Mayer (AöR 88, 1963, S. 100/102, 106) sogar die Auffassung als unrichtig, daß Pütter die Aufgabe der Polizei auf die *cura avertendi mala futura* beschränkt wissen wollte. Dennoch wird man der älteren Einschätzung den Vorzug geben müssen. Die Stelle dürfte in ihrer endgültigen Fassung wie folgt wiederzugeben sein: „Die Wohlfahrt zu fördern ist nicht eigentlich Aufgabe der Polizei, es sei denn, daß die Wohlfahrtsförderung gewissermaßen mit dem Ziel stattfindet, daß der von der befürchteten Störung freie Zustand umso nachhaltiger gesichert sei (wörtlich: daß der Zustand — sc. des Gemeinwesens — umso reiner sei, gerade entgegengesetzt jenem Übel, das befürchtet wurde. — In der von Friedrich Wernhard Grimm herausgegebenen Übersetzung von Carl Anton Friedrich Graf von Hohenthal — Anleitung zum Teutschen Staatsrechte, 1791/92 — lautet die Stelle: „... ausgenommen, so fern sie in der Absicht geschieht, daß der Staat von einem befürchteten Uebel desto mehr entfernt werde“), oder daß im Einzelfall der Sachzusammenhang bewirkt, daß der Polizei Gefahrenabwehr und Wohlfahrtsförderung zusammen übertragen werden.“ Dieser Satz muß im Zusammenhang mit dem ganzen Paragraphen gesehen werden, an dessen Anfang eine klare Absage an den absolutistischen Eudämonismus steht, und der im folgenden entsprechend den Ideen der bürgerlichen Aufklärung die „natürliche Freiheit der Bürger“ und die Polizeigewalt gegenseitig abgrenzt. Es ist durchaus verständlich, daß Pütter nach Darstellung seiner Ansicht, die ja keineswegs auf selbstverständliche Anerkennung rechnen kann, den weitergehenden eudämonistischen Begriff des *ius politiae* abweist, ohne aber zu verkennen, daß die Gefahren-

schreibt Pütters Schüler Nicolaus Thaddäus Gönner: „Die Polizei hat es immer nur mit Sicherheit zu tun, Erhöhung des Wohlstandes liegt außer ihrem direkten Zweck“⁹²⁾.

Pütters Polizeibegriff wurde dadurch zu weittragender Wirkung gebracht, daß er in der preußischen Gesetzgebung seinen Niederschlag fand⁹³⁾. Im *Preuß. Allgemeinen Landrecht* ist eine bereits vom bürgerlichen Vernunftrecht bestimmte, aber vom „wohlfahrtsstaatlichen“ Denken noch nicht abgelöste Staatszwecklehre mit einem eingeschränkten Polizeibegriff verbunden⁹⁴⁾. Der umfassende Staatszweck der eudämonistischen Idee des „Wohlfahrtsstaates“ ist durch zwei begrenzte und untereinander in ein Rangverhältnis gesetzte Staatszwecke ersetzt (§§ 2, 3 II 13). Als erste und wesentlichste Aufgabe des Staates ist der Rechts- und Sicherheitszweck aufgeführt, nämlich „... , sowohl die äußere als innere Ruhe und Sicherheit zu erhalten, und einen Jeden bei dem Seinigen gegen Gewalt und Störungen zu schützen“ (§ 2 II 13). Außerdem, aber an zweiter Stelle, wird der Staat auf den Wohlfahrtszweck verpflichtet, nämlich „... , für Anstalten zu sorgen, wodurch den Einwohnern Mittel und Gelegenheit verschafft werden, ihre Fähigkeiten und Kräfte auszubilden, und dieselben zur Beförderung ihres Wohlstandes anzuwenden“ (§ 3 II 13)⁹⁵⁾. Von diesen beiden Staatszwecken wird aber in § 10 II 17⁹⁶⁾ nur der Rechts- und Sicherheitszweck

abwehr in einzelnen Fällen mittelbar oder kraft Sachzusammenhangs eine Wohlfahrtsförderung einschließt. Die durch „nisi“ eingelegte Angabe der beiden Fallgruppen, in denen die Ausübung der Polizei auch eine wohlfahrtsfördernde Wirkung hat, modifiziert den eingeschränkten Polizeibegriff nicht, da auch bei ihnen stets ein *malum futurum* abgewehrt wird, nicht aber die Absicht der Wohlfahrtsförderung als Voraussetzung einer polizeilichen Maßnahme genügt.

⁹²⁾ Teutsches Staatsrecht, 1804, S. 549.

⁹³⁾ In § 10 II 17 *Preuß. ALR* wird eine Übernahme des Pütterschen Polizeibegriffs gesehen (Jellinek *VerwR. a. a. O.* S. 423 ff.; Edgar Loening, *Lb. d. Dt. VerwRs*, 1884, S. 7; H. Maier *a. a. O.* S. 198; Wolzendorff *Polizeigedanke a. a. O.* S. 72).

⁹⁴⁾ Hierzu und zum Folgenden: Wilhelm Dilthey, *Ges. Schriften*, XII. Bd., 2. Aufl., 1960, S. 177 ff., 199 ff.; Reinhart Koselleck, *Staat und Gesellschaft in Preußen 1815—1848*, in: Werner Conze (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft im dt. Vormärz 1815—1848*, S. 81; Conze, *Das Spannungsfeld von Staat und Gesellschaft im Vormärz*, ebd., S. 213 ff.; Gerd Kleinheyer, *Staat und Bürger im Recht. Die Vorträge d. C. G. Svarez vor dem preuß. Kronprinzen (1791—92)*, 1959, S. 114 ff.; H. Maier *a. a. O.* S. 244 ff. — Gerhard Anschütz, *Allgem. Begriffe und Lehren des Verwaltungsrechts nach der Rechtsprechung des OVG*, *PrVBl.* 22 (1900/01), 83/85; Rosin, *Der Begriff der Polizei und der Umfang des polizeil. Verfügungs- und Verordnungsrechts in Preußen*, *VerwArch.* 3 (1895), 249—365, insb. S. 258, 276; H. Schinkel *a. a. O.* S. 323 ff.

⁹⁵⁾ In diesen Bestimmungen äußern sich deutlich die Gedanken von Svarez (vgl. Carl Gottlieb Svarez, *Vorträge über Recht und Staat*, hrsg. von Hermann Conrad und Gerd Kleinheyer, 1960, S. 7 ff. und 639 bis 644).

⁹⁶⁾ „Die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publico, oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizei.“

mit den Mitteln polizeilicher Zwangsgewalt ausgestattet. Das beschränkte das „Amt der Polizei“ auf die spätabolutistische „Sicherheitspolizei“ und beseitigte die „Wohlfahrtspolizei“; denn zwar ist die damit gemeinte Staatsaufgabe, wenn auch als Sekundärzweck, beibehalten, nicht aber die bisher damit verbundene und der „Polizei“ zugewiesene Befugnis zwangsweiser Wohlfahrtsförderung⁹⁷⁾. Mit dieser Einschränkung der Befugnisse der Polizeibehörden schuf § 10 II 17 einen neuen und engeren Polizeibegriff⁹⁸⁾.

Die Regelung des Preuß. ALR und die Auffassungen von S v a r e z , auf denen sie beruht, verdeutlichen den Zusammenhang des auf Gefahrenabwehr beschränkten Polizeibegriffs mit der liberalen Staatsauffassung und der Idee des bürgerlichen Rechtsstaates. Denn der neue Polizeibegriff ist die unmittelbare Folgerung aus der Annahme, daß der Staat Wohlfahrtszwecke nicht unter Einsatz obrigkeitlicher Gewalt⁹⁹⁾ verfolgen dürfe, sondern nur die sich dem individuellen Streben nach „Glückseligkeit“ entgegenstellenden Hindernisse wegzuräumen habe. Es ist daher konsequent, wenn im Zuge der Reaktion auf die französische Revolution Zwangsbefugnisse auch zur „Wahrung und Beförderung der allgemeinen Wohlfahrt“ in Anspruch genommen wurden¹⁰⁰⁾, es also entgegen § 10 II 17 ALR zu einer zeitweiligen Wiederbelebung der „Wohlfahrtspolizei“ kam¹⁰¹⁾, und wenn A n s c h ü t z

⁹⁷⁾ J e l l i n e k VerwR a. a. O. S. 424; R o s i n a. a. O. S. 250, 288 ff.; W o l z e n d o r f f Polizeigedanke a. a. O. S. 76 ff. — Auch hierin machte sich die Auffassung S v a r e z ' geltend. Wie die beiden Ausarbeitungen „Über das Recht der Polizei“ zeigen (S v a r e z a. a. O. S. 36—46 und S. 485—501), wandte S v a r e z den Ausdruck „Polizei“ nicht nur auf die „Sicherheitspolizei“, sondern auch auf die Wohlfahrtsförderung an. Doch hebt er mit besonderem Nachdruck hervor, daß eine Zwangsanwendung im Interesse der Wohlfahrtsförderung (bei den „Polizeianstalten“) in der Regel nicht gerechtfertigt sei. Andernfalls wird der „Hauptgrundsatz des allgemeinen Staatsrechts“ verletzt, „daß der Staat die Freiheit der einzelnen nur soweit einzuschränken berechtigt sei, als es notwendig ist, damit die Sicherheit und Freiheit aller bestehen könne“.

⁹⁸⁾ Abw. H e r m a n n C o n r a d , Das Allgemeine Landrecht von 1794 als Grundgesetz des friederizianischen Staates, 1965, S. 22 Anm. 34. — Die These der Neuartigkeit des in § 10 II 17 ALR aufgestellten Polizeibegriffs wird dadurch nicht erschüttert, daß diese Vorschrift möglicherweise nur die Zuständigkeit der Ortspolizeibehörde für Polizeiverfügungen festlegte und begrenzte, was insb. von R o s i n behauptet worden ist, und daß der Polizeiverwaltung durch Spezialgesetz auch andersartige Aufgaben zugewiesen werden konnten.

⁹⁹⁾ Die Steuergewalt wird von dieser Einschränkung nicht berührt, da die Erhebung von Steuern nicht mit einem bestimmten Staatszweck korrespondiert. Die Kontrolle ihrer Handhabung wird durch die bürgerliche Gesellschaft mittels des Budgetrechts ausgeübt.

¹⁰⁰⁾ § 3 der VO wegen verbesserter Einrichtung der Provinzial-Polizei- und Finanzbehörden vom 26. 12. 1808; §§ 34, 50 der Geschäftsinstruktion für die Regierungen vom 26. 12. 1808; § 7 der Regierungsinstruktion vom 23. 10. 1817.

¹⁰¹⁾ D r e w s - W a c k e , Allgem. Polizeirecht, 7. Aufl., 1961, S. 4 ff.; W o l z e n d o r f f Polizeigedanke a. a. O. S. 92 f., 107.

die Kreuzberg-Entscheidung des PrOVG, die den neuen Polizeibegriff unter Rückgriff auf § 10 II 17 für das Gesetz über die Polizeiverwaltung vom 11. 3. 1850 bekräftigte¹⁰²⁾, als einen „Triumph der Idee des Rechtsstaates“ begrüßte¹⁰³⁾.

Mit der endgültigen Durchsetzung des *rechtsstaatlichen Polizeibegriffs* verloren Ausdruck und Begriff der „Wohlfahrtspolizei“ ihre Berechtigung. Zwar gelangte in der Auffassung der Staatszwecke der orthodoxe Liberalismus, wie ihn etwa von Aretin verfochten hatte, niemals zur Herrschaft. Neben den negativ auf Gewährung von Schutz und Sicherheit zielenden Staatstätigkeiten, in denen man den Hauptzweck des Staates am Werke sah, galten die positiv auf Förderung der Wohlfahrt bedachten Staatstätigkeiten ebenso als Verwirklichung einer legitimen Staatsaufgabe. Aber — und hierin liegt die praktische Wirkung der liberalen Staatsidee — dem Wohlfahrtzweck wurden die obrigkeitlichen Mittel des Verwaltens nicht zugestanden, wie sie für die Erfüllung des Sicherheitszwecks natürlich waren. Auf diese *obrigkeitlichen Mittel* beschränkte sich nun die Anwendung des Ausdrucks „Polizei“, während die Wahrnehmung der Wohlfahrtsförderung, weil ohne Zwang erfolgend, mit dem neuen Ausdruck der „*Staatspflege*“ bezeichnet wurde¹⁰⁴⁾.

Die neue Verwaltungsrechtswissenschaft legt durchweg den rechtsstaatlichen Polizeibegriff zugrunde und scheidet das Gebiet der Verwaltung — neben Auswärtiger Verwaltung und Finanzverwaltung — in die beiden Bereiche der Polizei und der Pflege (der Staatspflege)¹⁰⁵⁾. Zur Staatspflege

¹⁰²⁾ Urteil vom 14. 6. 1882, PrOVGE 9, 353, ebenso PrOVGE 12, 382.

¹⁰³⁾ Anschütz, Allg. Begriffe a. a. O. S. 86.

¹⁰⁴⁾ Pözl Lehrbuch a. a. O. S. 352, 365; Karl Freiherr von Stengel, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 1886, S. 12; Richard Thoma, Der Polizeibefehl im badischen Recht, 1906, §§ 1 II, 5 II. Vgl. auch Adolf Merkel, Allgem. Verwaltungsrecht, 1927, S. 227. — In seinem Grundriß zu Vorlesungen über Polizei, 1866, teilt Pözl das Polizeirecht noch in die überkommenen Zweige der „Sicherheits-Polizei“ und der „Wohlfahrtspolizei“; die Behandlung der zweiten, umfassend „Bevölkerungs-“, „Wirtschafts-“ und „Cultur-Polizei“ macht allerdings nur ein Zehntel der Behandlung der ersten aus. Von der „Wohlfahrts-Polizei“, die Wohlfahrtszwecke mit Zwang durchführt, unterscheidet Pözl die „Wohlfahrtspflege“, bei der ein Zwang als Mittel nicht in Betracht kommt (Grundriß a. a. O. S. 6, 128). Die hier noch beibehaltene Kategorie der „Wohlfahrts-Polizei“ ist jedoch tatsächlich ein Unterfall der „Sicherheits-Polizei“; denn Pözl beschränkt sie darauf, daß die obrigkeitliche Wohlfahrtsförderung „als unerläßliche Bedingung der Sicherheit des Bestehenden erscheint“ (Grundriß a. a. O. S. 1). Im Lehrbuch a. a. O. ist dieses Nebeneinander von „Wohlfahrts-Polizei“ und „Wohlfahrtspflege“ fallengelassen (vgl. dort S. 351 ff.).

¹⁰⁵⁾ G. A. Grotefend, Lehrbuch des Preuß. Verwaltungsrechts, 1890/92, § 13; Graf Hue de Grais, Grundriß der Verfassung und Verwaltung in Preußen und dem dt. Reich, 1884, S. 2, 73 ff.; von Kirchenheim Einführung a. a. O. S. 21 f., 80 f.; Ernst (von) Meier, Das Verwaltungsrecht, in: Franz v. Holtzendorff, Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., 1873, I, 848, ebenso: 5. Aufl. 1890, II, 1159 (noch mit der Bezeichnung „Wohlfahrtspolizei“); Georg Meyer, Lehrbuch des deutschen

wurde die Förderung des wirtschaftlichen, kulturellen und physischen Wohls der einzelnen gerechnet, also insbesondere Kreditanstalten, Post und Eisenbahn, Straßenwesen, Unterrichtsanstalten, Armenwesen und Versicherungsanstalten.

An dieser Systematik des Verwaltungsrechts ist bemerkenswert, daß die Verwaltungstätigkeiten gliedernde Kriterium nicht der verfolgte *Zweck*, sondern die angewandte *Form* des Verwaltens ist. Die Wahl dieses Kriteriums bedeutete die Ersetzung der Polizeiwissenschaft durch die Verwaltungsrechtswissenschaft und zugleich deren Verkürzung um die Dimension des Zwecks. Da die Verwirklichung des Rechts- und Sicherheitszwecks als die eigentliche und erste Funktion des Staates erschien und da die Ausübung obrigkeitlicher („polizeilicher“) Gewalt allein hier als Mittel der Verwaltung auftrat, wurden die Rechtsformen des Verwaltungshandelns mit den Rechtsformen der Ausübung obrigkeitlicher Gewalt gleichgesetzt. Die Pflege konnte unter den Bedingungen des bürgerlichen Rechtsstaats, als dessen Funktion das Verwaltungsrecht zur Wissenschaft wurde, nicht als der Ausübung obrigkeitlicher Gewalt gleichrangiger Systembegriff wirksam werden. In der „Einführung in das Verwaltungsrecht“ Arthur von Kirchheim (1885) ist die Pflege immerhin noch als Ausübung von Verwaltung verstanden¹⁰⁶). Wenn auch der Staat hier nicht herrschend, sondern dienend aufträte, so doch in anderer Weise als ein Privater, nämlich nicht gewerbsmäßig, sondern zur Befriedigung eines allgemeinen Bedürfnisses. Dieser eher eine Andeutung als eine theoretische Vorstellung wiedergebende Versuch, die Staatspflege, ihrer Eigenart nach, verwaltungsrechtlich zu erfassen, blieb folgenlos. Die von Georg Meyer und Otto Mayer, wenn auch in unterschiedlicher Weise, zum Erfolg geführte Methode des wissenschaftlichen Verwaltungsrechts betrachtete die Staatspflege als periphere Erscheinung; systembildend wurden nur die Rechtsformen der Ausübung obrigkeitlicher Gewalt, die Rechtsformen also, die das Korrelat der liberalen Auffassung der Staatszwecke darstellten.

Verwaltungsrechts, Teil I, 1883, S. 59; ders., Grundbegriffe, Wesen und Aufgabe der Verwaltungslehre, in: G. von Schönberg (Hrsg.), Handbuch der Politischen Ökonomie, 4. Aufl., 1898, III/2, 193, 194; von Sarwey VerwR a. a. O. S. 75 ff. („Fürsorge“ statt Staatspflege); von Stengel a. a. O. S. 4 f.; Josef Ulbrich, Der Rechtsbegriff der Verwaltung, Grünhuts Ztschr. 19 (1882), 3 f.; ders., Grundzüge des österreichischen Verwaltungsrechts, 1884, S. 3 f. — Auch Loening unterscheidet diese beiden Richtungen der Staatstätigkeit, verwirft sie aber als Kriterien der Einteilung der inneren Verwaltung, weil bei den einzelnen Handlungen der Verwaltung in der Regel beide Zwecke wirksam seien (a. a. O. S. 4). Indem er aber die Polizei als obrigkeitliche Zwangsgewalt definiert, die ein in allen Bereichen der inneren Verwaltung vorkommendes Mittel sei (a. a. O. S. 8), befördert er die Ausbildung eines allgemeinen Verwaltungsrechts, das die Rechtsform des obrigkeitlichen Handelns als die Rechtsform des Verwaltens schlechthin begreift.

¹⁰⁶) A. a. O. S. 21 f.

Für Otto Mayer ist die Pflege aus der verwaltungsrechtlichen Theorie verschwunden; er erwähnt sie lediglich beiläufig¹⁰⁷⁾. Auch für Georg Meyer ist die Staatspflege kein Gegenstand des Verwaltungsrechts. Doch läßt die ausführlichere Behandlung die Gründe für diese methodische Entscheidung deutlicher werden. Der seit 1850 geläufig gewordenen Systematik folgend läßt Georg Meyer¹⁰⁸⁾ die Verwaltungstätigkeit auf dem Gebiet der inneren Verwaltung in zwei große Gruppen zerfallen: „obrigkeitliche“ und „fürsorgende“ Tätigkeiten. Die „obrigkeitlichen“ Tätigkeiten äußerten sich in der Ausübung von Herrschaft, seien ihrem Wesen nach staatliche Funktionen und träten in der Form der Verordnung und der Verfügung auf. Die „fürsorgenden“ Tätigkeiten, die man unter dem Begriff der „staatlichen Pflege“ zusammenfasse, seien solche, die die Förderung des einzelnen und der Gesamtheit durch Gewährung von Unterstützung und Errichtung allgemeiner Anstalten bezweckten. Hier handle es sich nicht um die Ausübung staatlicher Herrschaftsrechte, nicht um die Ausübung von ihrem Wesen nach staatlichen Funktionen. Diese Tätigkeiten seien nicht obrigkeitliche Verwaltung, sondern bloße Geschäftsführung; sie könnten ebensogut von Privaten ausgeübt werden. In der 4. Auflage¹⁰⁹⁾ wird aus dem der Sache nach bereits in der 1. Auflage eingenommenen Standpunkt, offenbar unter dem Eindruck Otto Mayers, auch die äußere Konsequenz gezogen: Die Verwaltung handelt Privaten gegenüber entweder in Ausübung obrigkeitlicher Befugnisse oder im Rahmen eines vermögensrechtlichen Verkehrs, die Begriffe der „fürsorgenden“ Tätigkeit und der „Staatspflege“ sind getilgt.

Die im Verwaltungsrecht Otto Mayers am striktesten durchgeführte Orientierung der verwaltungsrechtlichen Theorie am rechtsstaatlichen Polizeibegriff und damit an den obrigkeitlichen Rechtsformen des Verwaltens, die als die verwaltungsrechtlichen Kategorien schlechthin ausgearbeitet werden, ließ die Tätigkeiten der Verwaltung, die den Staatszweck der Wohlfahrtsförderung verwirklichten, die Gewährung von Vorteilen und Leistungen für die Allgemeinheit und die sozialgestaltenden Aktivitäten, ohne einen verwaltungsrechtlichen Stellenwert. In der Tat ist die leistende Verwaltung bei Otto Mayer „ein Akzessorium der Befehlsverwaltung, das als rechtsstaatlich unwichtig vernachlässigt werden kann“^{109a)}. Die in den Ar-

¹⁰⁷⁾ Dt. VerwR a. a. O. I, 247 (2. Aufl.: I, 214; 3. Aufl.: I, 206).

¹⁰⁸⁾ Hierzu und zum Folgenden: Lehrbuch a. a. O. I, 59, 73 (2. Aufl. 1893: I, 73, 93 ff.; 3. Aufl. 1910: I, 80 f., 99 ff.). — In der 1.—3. Auflage finden sich die Darlegungen zum Begriff der obrigkeitlichen und fürsorgenden Staats-tätigkeiten im 2. Buch (Verwaltung der inneren Angelegenheiten) unter der Überschrift: Rechtlicher Charakter der inneren Verwaltung. In der 4. Auflage (1913) ist dieser Abschnitt im 2. Buch weggefallen; die entsprechenden Ausführungen stehen jetzt im 1. Teil (Allgemeine Lehren) im Abschnitt: Verwaltungsakte (§ 11). Die 3. und 4. Auflage sind von Dochow bearbeitet.

¹⁰⁹⁾ A. a. O. § 47 II.

^{109a)} R ü f n e r a. a. O. S. 122.

beiten der sogenannten staatswissenschaftlichen Methode des Verwaltungsrechts immerhin noch als Staatspflege begrifflich eingeordneten Verwaltungstätigkeiten wurden schließlich aus dem verwaltungsrechtlichen System überhaupt entfernt und in den Bereich *fiskalischen* Verwaltungshandelns verwiesen. Damit mußte ein Sektor des Verwaltens, der auch vor dem ersten Weltkrieg eine erhebliche Bedeutung gewonnen hatte, einer theoretischen Aufarbeitung und Durchdringung entbehren.

Wie der Begriff der „Wohlfahrtspolizei“ aus der Staatsvorstellung des aufgeklärten Absolutismus abgeleitet ist, so beruht der Begriff der „Pflege“ auf der Staatsidee des bürgerlichen Rechtsstaates. In einer systematisch auf die Idee des *sozialen Rechtsstaates* begründeten Verwaltungsrechtslehre vermag er eine angemessene Erfassung der lenkenden und leistenden Verwaltungstätigkeit nicht zu vermitteln. Dennoch diente die „Pflege“ in der Übergangszeit der Jahrhundertwende als Anknüpfungspunkt einer ersten theoretischen Orientierung angesichts der Umorientierung der Staatszwecke und der sich ausdehnenden wohlfahrtsstaatlichen Verwaltung. Georg Jellinek konstatierte, daß die „Förderung genossenschaftlicher Zwecke durch gesellschaftliche Mittel“ in stetig steigendem Maße Staatsaufgabe geworden sei, zu deren Erfüllung eine „soziale Verwaltung“ des Staates, etwa durch nutzbare öffentliche Anstalten, ausgeübt werde. Dadurch veranlaßt nahm er in die Einteilungen der Staatsfunktionen auch eine solche in die „obrigkeitliche“ und in die „soziale Tätigkeit“, die häufig „mit dem nicht ganz zutreffenden Namen der Pflege“ bezeichnet werde, auf. Diese Systematik setzte sich in Walter Jellineks Scheidung der „öffentlichen Verwaltung“ in die „obrigkeitliche Verwaltung“ und die ohne die besonderen Mittel der Überordnung auftretende „schlichte Hoheitsverwaltung“ fort. Dieser Begriffsbildung, die sich in einer negativen und theoretisch letztlich folgenlosen Kennzeichnung erschöpft, haftet die auch für den Begriff der „Pflege“ wesentliche methodische Eigenart an, ein systematisch nicht integriertes Sammelbecken der außerhalb der Eingriffsverwaltung entfalteten Verwaltungstätigkeit zu sein. Demgegenüber erwiesen sich die Umformulierung des von Otto Mayer obrigkeitlich gedachten Instituts der *öffentlichen Anstalt* in eine Kategorie der gewährenden Verwaltung durch Fritz Fleiner und die Herausarbeitung der *Leistungsverwaltung* als einer durch ihren spezifischen Verwaltungszweck charakterisierten Grundkategorie der Verwaltungsrechtslehre durch Ernst Forsthoff und Arnold Köttgen als erfolgreicher und fruchtbarer¹¹⁰⁾. Damit war der Weg zu einer

¹¹⁰⁾ Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. (1914), 5. Neudruck, 1929, S. 622 ff.; Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 1928, § 2 (S. 20 ff.), 3. Aufl., § 2 (S. 20 ff.); Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 1911, § 18 („Der Verwaltungsapparat und seine Leistungen“); Arnold Köttgen, Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt, VVdStL 6 (1929), 105; ders., Deutsche Verwaltung, 1936 (2. Aufl., 1937; 3. Aufl., 1944); Ernst Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938; ders., Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959; Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 9. Aufl., 1966, Vorbem. vor § 19.

den Positivismus obrigkeitlicher Rechtsformen verlassenden Theorie der Verwaltung und des Verwaltungsrechts beschritten, die in Methode, Systematik und Begrifflichkeit nunmehr konsequent den Boden des sozialen Rechtsstaates betrat.

Hans Jecht, Die öffentliche Anstalt, 1963; Walter Leisner, Öffentlichkeitsarbeit der Regierung im Rechtsstaat, 1966, S. 51 ff.; Wolfgang Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, 1967; Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, 1966; ders., Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat, DOV 66, 624.

III. Gemeindeanstalten und gewerbliche Unternehmungen der Gemeinden

Die industrielle Revolution und die durch sie hervorgerufenen gesellschaftlichen Veränderungen bewirkten mit der sie begleitenden Verstädterung eine tiefgreifende Wandlung der kommunalen Lebensformen. Mit der Erfüllung der dadurch den Gemeinden gestellten neuen Aufgaben leistete die Kommunalverwaltung einen wesentlichen Beitrag zu der urbanen Zivilisation des Industriezeitalters. Diese Entwicklung äußerte sich, neben sozialpolitischen Bemühungen um eine Verbesserung der Lage des Proletariats, vor allem in einer Expansion der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden, die den traditionellen Rahmen der kommunalen Veranstaltungen zugunsten der Gemeindeglieder — wie z. B. Brunnen, Pfandhäuser, Sparkassen, Friedhöfe — sprengte¹¹¹⁾. Diese „praktische Sozialisierung innerhalb der bürgerlichen Ordnung“ (Heffter), die vornehmlich in der Kommunalisierung der Versorgungs- und Verkehrsbetriebe zu Tage trat, stand zunächst in keinem Zusammenhang mit dem sozialistischen Programm¹¹²⁾. Erst kurz vor der Jahrhundertwende gab der besonders von der englischen Fabian Society verfochtene *Munizipal-Sozialismus*¹¹³⁾ der kommunalen Versorgungs- und Verkehrswirtschaft eine ideologische Rechtfertigung.

In der neuen Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, deren System an den Rechtsformen obrigkeitlichen Verwaltungshandelns orientiert war, fand das eminente Verwaltungsphänomen der kommunalen Versorgungs- und Ver-

¹¹¹⁾ Arnold Köttgen, *Deutsche Verwaltung*, 2. Aufl., 1937, S. 64. — Ein Abriß der Entwicklung der Kommunalwirtschaft bis zum ersten Weltkrieg bei Klaus Stern / Günter Püttner, *Die Gemeindegewirtschaft, Recht und Realität*, 1965, S. 11 ff. Eine Darstellung der Entstehung der kommunalen Versorgungs- und Verkehrsbetriebe gibt Rüfner a. a. O. S. 87 ff.

¹¹²⁾ Beutler in: Adickes / Beutler, *Die sozialen Aufgaben der deutschen Städte*, 1903, S. 123; Heinrich Heffter, *Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jh.*, 1950, S. 610; Gustav Stolper, *Deutsche Wirtschaft seit 1870*, 1964, S. 48.

¹¹³⁾ Sidney Webb in: M. Grunwald (Hrsg.), *Englische Socialreformer*, 1897, S. 76 ff.; Adickes in: Adickes / Beutler a. a. O. S. 14 ff.; Stephan Genzmer, *Der Gemeindegewirtschaft und seine gesetzlichen Schranken im preuß. Kommunalrecht*, AöR 25 (1909), 161; Heinrich Göppert, *Staat und Wirtschaft*, 1924, S. 16; H. Lindemann (C. Hugo), *Städteverwaltung und Munizipal-Sozialismus in England*, 2. Aufl., 1906; Stolper a. a. O. S. 48.

kehrsbetriebe keine sachgemäße Einordnung. Dieser Mangel ist kein zufälliges Unvermögen, sondern eine notwendige Folge der geschichtlichen Zuordnung des wissenschaftlichen Verwaltungsrechts zum liberalen Rechtsstaat. Die Kategorie der „Staatspflege“, der diese Betriebe unterfielen, ist niemals zu einem begrifflichen Instrument der verwaltungsrechtlichen Theorie ausgearbeitet und schließlich überhaupt aus dem verwaltungsrechtlichen Denken ausgeschieden worden. Dementsprechend wurden die Versorgungs- und Verkehrsbetriebe nur insoweit als ein Gegenstand des Verwaltungsrechts aufgefaßt, als sie zu dem herrschenden Verwaltungszweck der Gefahrenabwehr in Beziehung gesetzt werden konnten. Soweit sich diesen Betrieben ein polizeilicher Charakter beilegen ließ, wurden sie dem Institut der *öffentlichen Anstalt* unterworfen. Da mit diesem, jedenfalls zunächst nur als spezifische Rechtsform der Verwaltung konzipierten Institut Erscheinungen unterschiedlichster Zweckrichtung, wie Schulen, Gefängnisse und Friedhöfe, in einer Begrifflichkeit zusammengezwungen wurden, mußte die Besonderheit der Versorgungs- und Verkehrsbetriebe verwaltungsrechtlicher Erfassung entzogen bleiben. Das änderte sich erst, als die Figur der öffentlichen Anstalt von dem obrigkeitlichen Deutungsschema des Verwaltungsrechts befreit wurde und mit der Begrifflichkeit der Leistungsverwaltung auch die kommunale Versorgungswirtschaft einen angemesseneren Ort im System des wissenschaftlichen Verwaltungsrechts erhielt¹¹⁴⁾. Doch das gehört nicht mehr der Epoche der Verwaltungsrechtswissenschaft des liberalen Rechtsstaats an. Im folgenden ist zu zeigen, in welcher Weise sich das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaats der neuen Wirklichkeit des Verwaltens bemächtigte, die in den kommunalen Versorgungs- und Verkehrsbetrieben auftrat. Zuvor ist zu schildern, wie diese Wirklichkeit beschaffen war.

Den ältesten Teil der kommunalen Versorgungswirtschaft stellten die *Wasserwerke* dar¹¹⁵⁾. Doch stand hinter dem kommunalen Engagement zuerst weniger der Gedanke der Versorgung, als das feuerpolizeiliche Interesse; in Berlin entstand das erste (private) Wasserwerk 1856 auf Veranlassung der Polizei im Interesse der Straßenreinigung¹¹⁶⁾. Ein in Regie betriebenes Wasserwerk wurde in Berlin 1873¹¹⁷⁾, in Königsberg 1874¹¹⁸⁾ und in Re-

¹¹⁴⁾ Vgl. hierzu B a d u r a, VerwR im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, 1966, S. 19 ff., und Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat, DOV 66, 624, sowie die ausführliche Auseinandersetzung bei W o l f g a n g R ü f n e r, Formen öffentl. Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, 1967, insb. S. 290 ff.

¹¹⁵⁾ A r n o l d K ö t t g e n, Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative, 1961, S. 4; S t e r n / P ü t t n e r a. a. O. S. 17.

¹¹⁶⁾ Handbuch der öffentlichen Wirtschaft, hrsg. vom Vorstand des Gesamtverbandes der Arbeitnehmer der öffentl. Betriebe und des Personen- und Warenverkehrs, 1930, S. 73; A l f o n s R i e ß, Kommunale Wirtschaftspflege, 2. Aufl., 1924, S. 98.

¹¹⁷⁾ O t t o B ü s c h, Geschichte der Berliner Kommunalwirtschaft in der Weimarer Epoche, 1960, S. 54 f.

¹¹⁸⁾ P l a t z, Die Versorgungsbetriebe der Stadt Königsberg Pr., 1933, S. 23.

gensburg 1879¹¹⁹) gegründet. Die Kommunalisierung machte im Bereich der Wasserversorgung noch im 19. Jahrhundert rasche Fortschritte, befördert durch den — wiederum — polizeilichen Gesichtspunkt der Hygiene, kraft dessen auch die Anordnung eines Anschluß- und Benutzungszwanges durch ortspolizeiliche Vorschrift¹²⁰) für zulässig gehalten wurde. Bereits 1907 waren nur noch weniger als 10 Prozent der vorhandenen Wasserwerke in privater Hand¹²¹).

Die Verwendung des durch Verkokung der Steinkohle gewonnenen Leuchtgases für die Straßenbeleuchtung und die Versorgung der Haushalte setzte nach 1825 ein und wurde zuerst von privaten, besonders englischen Gesellschaften betrieben¹²²). Erst um die Mitte des Jahrhunderts finden sich in nennenswertem Umfang *Gaswerke* in gemeindlicher Regie, wobei polizeiliche Erwägungen, das Interesse an ausreichender Beleuchtung der Straßen zur Verbesserung des Sicherheitszustandes, im Vordergrund standen¹²³). Eine kommunale Gasanstalt bestand in Berlin seit 1847¹²⁴), in Königsberg seit 1852¹²⁵); 1860 waren ein Viertel der Gaswerke kommunalisiert¹²⁶). Die Zahl der durch die Gemeinden betriebenen Gasanstalten stieg kontinuierlich an, überflügelte kurz vor der Jahrhundertwende die in privater Hand befindlichen Gaswerke und erreichte bis zum Ausbruch des ersten Weltkrieges etwa 70 Prozent der Gasversorgung¹²⁷). Die Gasabgabe ließ den polizeilichen Gesichtspunkt in dem Maß hinter sich, wie die Abnahme durch Haushalte zum vorrangigen Produktionsziel wurde. Damit gewann die Gaserzeugung und -verteilung für die Gemeinden einen, vielfach nicht geringfügigen, fiskalischen Aspekt, neben dem jedoch der Gedanke der Versorgung der Gemeindeeinwohner nicht außer Acht blieb.

¹¹⁹) Herstellung und Regelung einer städt. Wasserleitung, Blätter für administrative Praxis 30 (1880), 321 ff.

¹²⁰) Vgl. § 6 lit. f. preuß. Gesetz ü. d. Polizeiverwaltung v. 11. 3. 1850. — PrOVGE 26, 51; 28, 345; 30, 421.

¹²¹) Wilhelm Majerczik, Kommunale gewerbliche Unternehmungen als Kampfmittel gegen die finanzielle Notlage der dt. Städte, 1919, S. 82; Otto Wippermann, Die Zukunft kommunaler Betriebe, 1912, S. 35.

¹²²) Hb. d. öff. Wft. a. a. O. S. 55; H. Lindemann (C. Hugo), Arbeiterpolitik und Wirtschaftspflege in der Dt. Städteverwaltung, 2. Bd., 1904, S. 7 ff.; Rieß a. a. O. S. 90; Stern / Püttner a. a. O. S. 19 f.; Wippermann a. a. O. S. 5.

¹²³) Hb. d. öff. Wft. a. a. O. S. 55; H. Lux, Die öffentliche Beleuchtung von Berlin, 1896, S. 3; Platz a. a. O. S. 24 ff.; Rieß a. a. O. S. 90.

¹²⁴) Büsch a. a. O. S. 54 f.; Lux a. a. O. S. 9 f. — Seit 1825 bestand in Berlin ein privates Gaswerk, dessen unbefriedigende Preispolitik zur Errichtung der kommunalen Gasanstalt führte.

¹²⁵) Platz a. a. O. S. 24 ff. — Wegen der ungünstigen Erfahrungen in Berlin wurde hier sofort ein Regiebetrieb gewählt, dem Vorbild Dresdens folgend.

¹²⁶) Hb. d. öff. Wft. a. a. O. S. 55; Stern / Püttner a. a. O. S. 21.

¹²⁷) Die Zahlen divergieren bei den einzelnen Autoren; vgl. Hb. d. öff. Wft. a. a. O. S. 57; Majerczik a. a. O. S. 78, 82; Stern / Püttner a. a. O. S. 21; H. Vogt, Probleme der Versorgungswirtschaft, 1950, S. 195; Wippermann a. a. O. S. 35.

Im Bereich der *Elektrizitätserzeugung* und *-verteilung* setzte das Engagement der Gemeinden erst um 1890 ein¹²⁸⁾. 1900 waren etwas mehr als 20 Prozent der Elektrizitätserzeugung in kommunaler Hand¹²⁹⁾. Die erstmals 1891 realisierte Möglichkeit, elektrische Energie über größere Strecken zu übertragen, lenkte die zukünftige Entwicklung der Elektrizitätswirtschaft nach 1910 in eine andere Richtung; der bis dahin auf etwa 40 Prozent angestiegene Anteil der Gemeinden an der Energieerzeugung ging zugunsten der Überlandwerke wieder zurück¹³⁰⁾. Häufig blieb jedoch die Energieverteilung in der Hand der Gemeinden.

Auch der Betrieb örtlicher *Verkehrslinien*, die seit 1865 als Pferdebahnen, seit 1881 als elektrische Straßenbahnen eingeführt wurden, ging zuerst von privatwirtschaftlicher Initiative aus. Die Kommunalisierung des Nahverkehrs durch Straßenbahnen fällt erst in das letzte Jahrzehnt des 19. Jahrhunderts, wobei nicht selten Elektrizitätswerk und Straßenbahn ein gemeinsames Schicksal hatten. 1899 waren von den 26 Straßenbahnen Preußens nur 11 in städtischer Regie¹³¹⁾, vor Ausbruch des ersten Weltkrieges waren etwa 50 Prozent der deutschen Straßenbahnen kommunalisiert und erst nach 1918 gewannen die Gemeinden im örtlichen Linienverkehr deutlich das Übergewicht¹³²⁾.

Die kommunalen Versorgungs- und Verkehrsbetriebe stellten, wie aus der gegebenen Skizze ihrer Entwicklung hervorgeht, bereits vor dem ersten Weltkrieg eine auffällige Realität der Gemeindeverwaltung dar. Diese durchweg in Regie verwalteten Betriebe traten allerdings in unterschiedlicher Weise in das Licht der verwaltungsrechtlichen Theorie und wurden, wie sogleich zu zeigen ist, zunächst nicht als eine durch einen gemeinsamen Verwaltungszweck beherrschte einheitliche Erscheinung aufgefaßt. Während bei den Wasserwerken der polizeiliche Gesichtspunkt dominierte, erschienen die Gas- und Elektrizitätswerke ebenso wie die Straßenbahnen, die ja auch rasch ein Aktivposten der Gemeindehaushalte wurden, als eine vornehmlich erwerbswirtschaftliche Gemeindetätigkeit. Dies war jedenfalls ihr verwal-

¹²⁸⁾ Stern / Püttner a. a. O. S. 22. — In Berlin bestand seit 1884 ein Elektrizitätswerk in privater Hand, das erst 1915 in kommunale Regie überging (Büsch a. a. O. S. 54 f.; Lux a. a. O. S. 15, 181). In Königsberg wurde das seit 1891 in Regie betriebene Elektrizitätswerk 1910 an ein privates Unternehmen verpachtet (Platz a. a. O. S. 32, 45 ff.).

¹²⁹⁾ Vogt a. a. O. S. 216.

¹³⁰⁾ Hb. d. öff. Wft. a. a. O. S. 21 ff.; A. Schönberg / E. Glunck, Landeselektrizitätswerke, 1926, VI, 2 ff.; Vogt a. a. O. S. 216.

¹³¹⁾ Die Stadt Berlin besaß erst seit 1908 eine eigene Straßenbahnlinie und übernahm 1919/20 durch den Zweckverband Groß-Berlin alle Berliner Straßenbahnen (Büsch a. a. O. S. 54 f.). Königsberg errichtete 1895 eine elektrische Straßenbahn als Regiebetrieb neben einer seit 1881 bestehenden und 1909 nach Kommunalisierung elektrifizierten Pferdebahn; 1910 wurden die Linien mit dem Elektrizitätswerk an die AEG verpachtet (Platz a. a. O. S. 35 ff.).

¹³²⁾ Zum Ganzen: Hb. d. öff. Wft. a. a. O. S. 93; Lindemann a. a. O. S. 178 ff.; Stern / Püttner a. a. O. S. 23 f.

tungsrechtlicher Stellenwert, obwohl bei den Straßenbahnen sozialpolitische Erwägungen für Tarifpolitik und Ausbau¹³³⁾ eine Rolle spielten, und obwohl bei allen diesen Betrieben die Verhinderung privater Monopole und der Gedanke des kommunalen Versorgungsauftrags vielfach erörterte wirtschaftspolitische Rechtfertigungsgründe für die Kommunalisierung waren.

Unter den gesetzlichen Vorschriften, deren Anwendung auf die kommunalen Versorgungs- und Verkehrsbetriebe in Betracht zu ziehen waren, ist zuerst die Regelung des korporativen Rechts der Gemeindeglieder zur „Mitbenutzung der öffentlichen Gemeindeanstalten“¹³⁴⁾ zu nennen. Diese öffentlich-rechtliche Berechtigung¹³⁵⁾ konnte im Verwaltungswege geltend gemacht werden¹³⁶⁾. Als Gegenbegriff zu den dem Gebrauch der Gemeindeglieder gewidmeten „Gemeindeanstalten“ — die heutigen Gemeindeordnungen sprechen von „öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde“ — kam der auch heute noch gebräuchliche Begriff der „Privateinrichtungen“ der Gemeinde auf.

Als prägend für die verwaltungsrechtliche Betrachtung erwiesen sich besonders die im preuß. Kommunalabgabengesetz vom 14. 7. 1893 benutzten Begriffe der „gewerblichen Unternehmungen“ der Gemeinden (§ 3) und der von den Gemeinden „im öffentlichen Interesse unterhaltenen Veranstaltungen (Anlagen, Anstalten und Einrichtungen)“ (§ 4). Für die Abgrenzung beider bezeichnete Art. 3 der AufAnw. als maßgebend, ob der Betrieb der betreffenden Einrichtung „als solcher auf die Erzielung von Gewinn gerichtet ist und den Mitgliedern der Gemeinde eine Nötigung zu ihrer Benutzung auferlegt“. Diese Kriterien wurden auch in der Praxis allgemein zugrundegelegt¹³⁷⁾. Bei der solcherart auf den Zweck abstellenden Unterscheidung wurden also die gewerbliche Wirtschaftstätigkeit und die einen öffentlichen Zweck verfolgende Verwaltung entgegengesetzt. Als Einrichtungen der zweiten Art wurden besonders die „Polizeianstalten“ angesehen, deren Betrieb durch polizeiliche Rücksichten erforderlich war¹³⁸⁾.

¹³³⁾ Bedienung von Arbeitervorstädten.

¹³⁴⁾ Vgl. § 4 der preuß. StädteO f. d. östl. Provinzen vom 30. 5. 1853 (GS S. 261); § 8 der LandgemeindeO f. d. östl. Provinzen vom 3. 7. 1891 (GS S. 253); Mitbenutzung der „öffentl. Einrichtungen und Anstalten der Gemeinde“; Art. 19 Abs. 2 Ziff. 4 BayGemO vom 29. 4. 1869.

¹³⁵⁾ PrOVG PrVBl. 26 (1904/05), 252; BayVGHE 17, 200/202; 27, 117.

¹³⁶⁾ § 18 Nr. 1 ZustG vom 1. 8. 1883 (GS S. 237); Art. 8 Ziff. 31 BayVGHG vom 8. 8. 1878.

¹³⁷⁾ L. Buck, Das Recht der Gemeindeanstalten u. d. gewerbl. Unternehmungen der Gemeinden, in: Stier-Somlo (Hrsg.), Handbuch des kommunalen Verfassungs- und Verwaltungsrechts in Preußen, 2. Bd., II. Hauptteil, 1917, S. 127 f.; Karl Friedrichs, Das Recht der Versorgungsbetriebe, 1928, S. 17; Majerczik a. a. O. S. 3; Nöll-Freund, Kommunalabgabengesetz, 9. Aufl., 1931, § 3 Anm. 5 a.

¹³⁸⁾ Buck a. a. O. S. 129; A. W. Jebens, Polizeiliche Gemeindeanstalten, PrVBl. 22 (1900/01), 329—334; PrOVG PrVBl. 15, 502.

Da weiterhin zwischen dem Zweck einer Einrichtung und der Rechtsform ihrer Benutzung ein notwendiger Zusammenhang hergestellt wurde, ergab sich die Auffassung, daß Gemeindeanstalten hinsichtlich ihrer Benutzung dem öffentlichen Recht und gewerbliche Unternehmungen dem privaten Recht unterständen¹³⁹⁾. In ihrer Umkehrung konnte diese Auffassung als weiteres Abgrenzungskriterium dienen, so daß bei öffentlich-rechtlicher Nutzungsordnung auf das Vorliegen einer Gemeindeanstalt, bei privatrechtlicher Nutzungsordnung auf das Vorliegen einer gewerblichen Unternehmung geschlossen wurde. Um das Auslegungsproblem zu lösen, daß § 3 Abs. 2 KAG auch die Figur der zugleich einem öffentlichen Interesse dienenden gewerblichen Unternehmung kannte, und weil außerdem die Gemeinden nach einer sich bald durchsetzenden Auffassung durch die beobachtete Zwecksetzung und verwandte Nutzungsordnung nach ihrem Ermessen wählen konnten, welche Gestalt sie einer Einrichtung beilegen wollten, trat das Kriterium der Rechtsform in den Vordergrund¹⁴⁰⁾. Mit der Wahl der privatrechtlichen Nutzungsform blieb also die Benutzung außerhalb des Verwaltungsrechts und unterfiel der Privatautonomie; der übergreifende Gesichtspunkt der Versorgung der Gemeindeglieder mit einem bestimmten Standard an kommunaler Zivilisation blieb dabei jedenfalls verwaltungsrechtlich außer Ansatz, weil die sich auf die (obrigkeitliche =) öffentlich-rechtliche Rechtsform beschränkende Blickrichtung der Theorie des Verwaltungsrechts diesen Gesichtspunkt als rechtlich relevanten Verwaltungszweck nicht herausarbeiten konnte.

In einer letzten Hinsicht wurde die Qualifizierung der kommunalen Versorgungsbetriebe im Bereich des Steuerrechts wesentlich. Hier kam es einerseits darauf an, ob die Einkünfte aus diesen Betrieben als „gewerbliche“ zu versteuern waren, andererseits darauf, ob die für sie verwendeten Grundstücke und Baulichkeiten deswegen Steuerbefreiung zu genießen hätten, weil sie „gemeinnützigen“ Zwecken dienten. Nicht anders als für die Auslegung des § 3 KAG wurde dabei als „Gewerbe“ eine auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeit innerhalb des wirtschaftlichen Verkehrs verstanden¹⁴¹⁾. Das hatte zur Folge, daß etwa Wasserwerke¹⁴²⁾ und Gasanstalten¹⁴³⁾ im Einzelfall „gewerblich“ oder „gemeinnützig“ sein konnten, je nachdem ob eine Absicht der Gewinnerzielung nachweisbar war oder nicht. Für den verwandten Bereich der großen Verkehrsanstalten ergab diese nicht auf einen durchgängigen Verwaltungszweck, sondern auf den jeweiligen empirischen

¹³⁹⁾ Buck a. a. O. S. 128; Nöll-Freund a. a. O. § 3 Anm. 5 b; BayVGHE 17, 200.

¹⁴⁰⁾ PrOVG PrVBl. 26 (1904/05), 252 und 29 (1907/08), 911; PrOVGE 31, 53; 45, 155; 52, 28; SächsOVG JW 1926, 899; Karl Kormann, Einführung in die Praxis des Verwaltungsrechts, 1914, S. 48 f.; Stier-Somlo, Der verwaltungsrechtliche Schutz des Bürger- und Einwohnerrechts in Preußen, VerwArch. 12 (1904), 354/508.

¹⁴¹⁾ PrOVGE 2, 129; 10, 61; 33, 81.

¹⁴²⁾ PrOVGE 10, 61.

¹⁴³⁾ PrOVGE 33, 81.

Zweck abstellende Betrachtung, daß die Post, da von jeher kraft eines „Regals“ betrieben, als „gemeinnützig“ galt¹⁴⁴⁾, die Staatsbahnen dagegen, da auf Erwerb gerichtet und ebenso durch Private betreibbar, als Gewerbebetrieb angesehen wurden¹⁴⁵⁾.

Im einzelnen wurden die kommunalen Versorgungs- und Verkehrsbetriebe in die erwähnten Regelungszusammenhänge in folgender Weise eingeordnet. Für städtische *Wasserwerke* mochte zwar, wie das PrOVG in einer Entscheidung von 1883 ausführte, die Anschauung, daß sie nicht als gewerbliche, sondern als gemeinnützige Unternehmen anzusehen seien „im Großen und Ganzen ihre Berechtigung haben“¹⁴⁶⁾, doch hing die Qualifikation hier (im steuerrechtlichen Bereich) wie für die Anwendung der kommunalrechtlichen Regelungen vom Einzelfall ab, so daß Wasserwerke sowohl als Gewerbebetriebe¹⁴⁷⁾ bzw. Privateinrichtungen¹⁴⁸⁾ bzw. gewerbliche Unternehmungen¹⁴⁹⁾ vorkamen wie als Gemeindeanstalten¹⁵⁰⁾. Soweit nicht aus öffentlich-rechtlicher Benutzungsform und polizeilichem Anschlußzwang¹⁵¹⁾ eine abweichende Beurteilung gerechtfertigt schien, wurden selbst die Wasserwerke zu der farblosen Kategorie der Kommunaleinrichtungen gezählt, die „in größter Mannigfaltigkeit je nach dem örtlichen Bedürfnis von Städten und Landgemeinden im Interesse der bürgerlichen Wohlfahrt in das Leben gerufen werden“, und so in eine Reihe mit Markthallen, Warenhäusern, Lagerhäusern, Dock- und Hafenanlagen, Schlachthäusern, Bade- und Waschanstalten, Pferdebahnen, Gasanstalten usf. gestellt¹⁵²⁾.

Für *Gas- und Elektrizitätswerke* wurde zwar auch angenommen, daß die Gemeinde sie durch Wahl der öffentlich-rechtlichen Benutzungsform als Gemeindeanstalten betreiben könne¹⁵³⁾, doch scheint das selten geschehen

¹⁴⁴⁾ PrOVGE 4, 11; 25, 151, 33, 81. — Über die jedenfalls seit der Mitte des 19. Jh. unrichtige Annahme eines „Postregals“ vgl. B a d u r a, Verwaltungsmonopol, 1963, S. 66 ff., 193 ff.

¹⁴⁵⁾ PrOVGE 2, 129; 4, 11; 48, 79. — Sarwey a. a. O. S. 89, 91 beurteilt Staatsbahn wie Staatspost als Gewerbe und sieht sie daher als Teil der Finanzverwaltung an.

¹⁴⁶⁾ PrOVGE 10, 61.

¹⁴⁷⁾ PrOVGE 10, 61. — Hierin trat durch § 3 Nr. 4 GewSteuerG vom 24. 6. 1891 und § 28 Abs. 2 KAG eine Änderung ein; vgl. PrVOGE 46, 154.

¹⁴⁸⁾ PrOVGE 52, 28.

¹⁴⁹⁾ Buck a. a. O. S. 129, 146; Friedrichs a. a. O. S. 19 f.; Immich, Kommunale Wasserleitungsanlagen, PrVbl. 28 (1906/07), 213 f.; Nöll-Freund a. a. O. § 3 Anm. 6d; von Pfuhlstein, Öffentl. Wasserversorgung und Entwässerung, 2. Aufl., 1913, S. 33. — Vermöge ihrer polizeilichen Nebenzwecke fielen sie allerdings i. d. R. unter § 3 Abs. 2 KAG (Art. 3 Nr. 2 AusfAnw.).

¹⁵⁰⁾ PrOVGE 45, 155; 47, 167; PrOVG PrVbl. 26 (1906/07), 252.

¹⁵¹⁾ Nach damaliger Auffassung war bei Vorhandensein eines Anschlußzwanges nur mehr eine öffentlich-rechtliche Benutzungsform möglich; eine Ausnahme in PrOVGE 45, 155.

¹⁵²⁾ PrOVGE 7, 354.

¹⁵³⁾ PrOVGE 33, 81; PrOVG PrVbl. 29 (1907/08); SächsOVG 1926, 899; Buck a. a. O. S. 129, 136, 137; Friedrichs a. a. O. S. 21, 22.

zu sein, da hier als ganz überwiegender Regelfall die Gestalt der gewerblichen Unternehmung bezeichnet wurde¹⁵⁴). Die *Verkehrsbetriebe* schließlich wurden ohne weiteres als gewerblich eingestuft. Wie fernliegend selbst nach der Jahrhundertwende und selbst für durchaus fortschrittlich gesinnte Betrachter es war, die kommunalen Energieversorgungsunternehmen als Verwirklichung eines Verwaltungszweckes aufzufassen, wird aus einem Satz des sehr aufgeschlossenen Oberbürgermeisters von Frankfurt am Main, Adickes, deutlich, der in seinem Vortrag über „Die sozialen Aufgaben der deutschen Städte“ auf dem ersten Städtetag in Dresden (1903) steht¹⁵⁵). Zur Begründung dafür, daß diese Betriebe durchaus dazu eingesetzt werden sollten, durch ihre Überschüsse den Gemeindehaushalt zu alimentieren, bemerkt Adickes: „Der Gebrauch elektrischen Lichtes ist unzweifelhaft beim heutigen Stande der Technik ein Luxus, für den auch bezahlt werden kann, und auch das Gas dient in weitem Umfange dem Gebrauch der Wohlhabenden.“

Der Umstand, daß die kommunalen Versorgungs- und Verkehrsbetriebe vor dem ersten Weltkrieg als eine im Grunde gewerbliche Tätigkeit begriffen wurden, bestimmte ihre Einordnung in die von Otto Mayer begründete *Theorie der öffentlichen Anstalt*¹⁵⁶). Otto Mayer konstruierte die öffentliche Anstalt als eine „Erscheinung der Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung“, die ihren „natürlichen Boden“ im öffentlichen Recht hat, ihre Leistungen also grundsätzlich in öffentlich-rechtlicher Rechtsform gewährt. Doch sei auch eine privatrechtliche Nutzungsform denkbar, so vornehmlich dort, wo die Verwaltung privatwirtschaftlich auftrete, ebenso aber aus nicht weiter auflösbaren historischen Gründen. Diese Nutzungsform findet Otto Mayer besonders bei den Gaswerken und Wasserleitungen der Gemeinden¹⁵⁷). Wenn Otto Mayer nicht allein die Rechtsform der Benutzung interessiert hätte, hätte er mit dem Obersatz, daß die öffentliche Anstalt eine Erscheinung der Tätigkeit der öffentlichen

¹⁵⁴) Neben den in Anm. 153 Genannten: PrOVGE 20, 22; Immich a. a. O. S. 214; Koppelman, Das Oberverwaltungsgericht und die Praxis der Gemeindeverwaltung, PrVbl. 22 (1900/01), 91; Majerczik a. a. O. S. 3; Nöll-Freund a. a. O. § 3 Anm. 6c; v. Pfuhlstein a. a. O. S. 35. Ebenso die AusfAnwKAG (Art. 3 Nr. 1) für die Gaswerke. — Vgl. dazu Rüfner a. a. O. S. 103.

¹⁵⁵) Adickes / Beutler a. a. O. S. 57. — Es ist aufschlußreich, daß dieser Städtetag, neben der Wiener Versammlung des Vereins für Socialpolitik (1909), als Markstein der Entwicklung zum bewußten „Munizipalsozialismus“ gilt (Majerczik a. a. O. S. 76; Wippermann a. a. O. S. 6).

¹⁵⁶) Dt. VerwR § 51 Öffentlich-rechtliche Anstaltsnutzung; Rechte des Benutzenden (II, 318 ff.); ebenso die 2. Aufl. (II, 468 ff.); in der 3. Aufl.: Gewährte Anstaltsnutzung (II, 268 ff.). — Eine eingehende Darstellung und Kritik der Lehre Otto Mayers von der öffentl. Anstalt bei Rüfner a. a. O. S. 113 ff., 264 f.

¹⁵⁷) Dt. VerwR II, 323. In der 2. und 3. Auflage ist eine kurze Erläuterung hinzugefügt: Die Stadt die hier an die Stelle privater Unternehmer getreten sei, „übernimmt die Erbschaft der gewordenen Form der Anstaltsnutzung“ — d. h. die privatrechtliche (II, 482; II, 275).

Verwaltung sei, hier mit einem weiteren Schritt die Ausübung öffentlicher Verwaltung in privatrechtlicher Form entdecken müssen. Doch das hätte mit den stillschweigenden Grundgedanken, daß nur der Polizei- oder der Steuerzweck Verwaltungszweck im eigentlichen Sinn sein könne, und daß mithin nur obrigkeitliche Verwaltung und deren eigentümliche Rechtsform des öffentlich-rechtlichen Befehls Gegenstand des Verwaltungsrechts sei, nicht im Einklang gestanden. So erscheinen die privatrechtlich genutzten Gemeindebetriebe als ein nur historisch, nicht aber systematisch deutbares Phänomen.

Fleiner dagegen bemerkt hier eine der Stellen, an denen sich eine Wandlung des Verwaltungsrechts anzeigt. In der kommunalen Versorgungs- und Verkehrswirtschaft erblickt er eines der drei Gebiete, auf denen es zu einer „Umbildung zivilrechtlicher Institute“ durch das öffentliche Recht gekommen sei und schließt die Wiedergabe der herrschenden Lehre, wonach bei diesen Gemeindebetrieben eine privatrechtliche Nutzungsform gegeben, privatrechtlich und privatwirtschaftlich convertible Begriffe seien, mit der Bemerkung, daß das letzte Wort dazu noch nicht gesprochen sei¹⁵⁸⁾.

¹⁵⁸⁾ Fritz Fleiner, Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, 1906, S. 21 f. — Andreas von Tuhr, Der Allgem. Teil des Dt. Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 1910, S. 624 f., führt diese Umorientierung fort, indem er die „gewerblichen Unternehmungen“ der Gemeinden als Erwerbsquelle und gemeinnützige Einrichtung zugleich bezeichnet, bei denen dennoch privatrechtlich gehandelt werde. Hier ist es also ausgesprochen, daß auch ein gemeinnütziger Zweck in privatrechtlicher Rechtsform verwirklicht werden könne.

IV. Die Methode

Die Ablösung der polizeiwissenschaftlichen Theorie des Verwaltens durch die rechtswissenschaftliche Theorie des Verwaltungsrechts, mit der sich die Idee des liberalen Rechtsstaates auf der Ebene der Verwaltung verwirklichte, ist eine Umwälzung des methodischen Vorgehens, damit aber auch eine Umwälzung in System und Begriffsbildung. Für diese methodische Neuorientierung ist die Bezeichnung „*Positivismus*“ geläufig, durch die schlagwortartig darauf hingewiesen wird, daß danach nur „positive“ Phänomene als zulässiger Gegenstand wissenschaftlicher Betrachtung gelten sollen, für die Rechtswissenschaft also nur rechtliche Phänomene. Charakteristisch für den Positivismus ist die Begrenzung des ihm folgenden wissenschaftlichen Denkens auf die Eigenart seines Gegenstandes und die Ausscheidung alles dessen, was als außerhalb dieser Eigenart liegend angesehen wird. Da das „Positive“ einer Erscheinung ihr nicht sozusagen anhaftet, sondern eine ihr durch das Denken zugeschriebene Eigenschaft ist, muß die wissenschaftliche Fruchtbarkeit eines Positivismus von dem Blickwinkel abhängig sein, der dieser Zuschreibung zugrundeliegt, anders gesagt, davon, was man als die Eigenart des jeweiligen Gegenstandsbereichs auffaßt. Auf die Rechtswissenschaft angewandt bedeutet das, daß sie sich verwissenschaftlichte, indem sie positivistisch wurde, daß sie aber zugleich durch die in ihr zur Herrschaft gekommene Auffassung, daß die Eigenart des Rechts in seiner Form, nicht auch in seinem Inhalt und Zweck bestehe, in eine Methode verfiel, die heute mit gutem Grund als unfruchtbar verworfen wird. In diesem, den erwähnten Blickwinkel kritisierenden Sinne, in einem engeren Sinn also, läßt sich von „Rechtspositivismus“ abwertend sprechen. Was gegen den Rechtspositivismus einzuwenden ist, ist nicht sein Bestreben, die Eigenart des Rechtes durch eine spezifisch juristische Methode zu begründen, sondern sein das Recht von Rechtsidee und Gesellschaft abtrennender Blickwinkel, sein „*Formalismus*“.

In die Theorie des öffentlichen Rechts ist die im engeren Sinn positivistische Methode des juristischen Denkens durch Carl Friedrich Gerber eingeführt worden¹⁵⁹⁾, sie hat ihre Vollendung im Staatsrecht durch

¹⁵⁹⁾ Forsthoff VerwR S. 47. Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 1958; Peter von Oertzen, Die Bedeutung C. F. von Gerbers für die dt. Staatsrechtslehre, in: Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festschrift f. R. Smend, 1962, S. 183—208; Klaus Hesse, Zur Entwicklung der Staatszwecklehre in der dt. Staatsrechtswissenschaft des 19. Jh., 1964, S. 39 ff.

Laband, im Verwaltungsrecht durch Otto Mayer erfahren. Gerber postuliert als methodisches Prinzip: Die „Betrachtung soll nur eine rechtswissenschaftliche sein; das Politische ist nicht Zweck, sondern nur Material“¹⁶⁰). Es ist kein Zufall, daß Gerber zugleich der wesentliche Fortschritt für die Konstruktion des Verhältnisses von Verwaltung und Verwaltungsunterworfenen als eines Rechtsverhältnisses zu danken ist. Dies zeigt vielmehr nur, daß der das „politische und staatsphilosophische Raisonement“ aus dem Rechtsdenken vertreibende Blickwinkel Gerbers seinen Ursprung im Konstitutionalismus, d. h. im Rechtsbegriff des Liberalismus hat, unbeschadet seiner konservativen Wirkung. Indem die liberale Rechtsidee das *Recht* nicht als eine Technik der Sozialgestaltungsfunktion des Staates begreift, sondern als Abgrenzung individueller Freiheitssphären im Zivilrecht und als Domestizierung der Staatsgewalt im öffentlichen Recht, zieht sie nur die Folgerung aus der liberalen Staatsidee. Der Staatszweck des bürgerlichen Rechtsstaates, Freiheit und Eigentum zu bewahren, ist gleichbedeutend mit dem Rechtszweck des Staates. Das aber heißt, daß die diesen Staatszweck verwirklichende Gesetzgebung gar nicht mehr als eine Zweckverwirklichung, als ein politischer Vorgang erscheint, sondern als Rechtsverwirklichung. Die kraft Gesetzes in Freiheit und Eigentum eingreifende Verwaltung war unter dem Blickwinkel des bürgerlichen Rechtsstaates ebenfalls ein Phänomen der Rechtsverwirklichung, ihr Recht, das Verwaltungsrecht, also die Bändigung exekutivischer Gewalt, ihr Handeln schließlich nicht hinsichtlich seines Zweckes, sondern hinsichtlich seiner Form die von der Verwaltungsrechtslehre zu erfassende Eigenart ihres Gegenstandes. Deswegen glaubte die sich an der Idee des Rechtsstaates ausrichtende Verwaltungsrechtslehre eine juristische Betrachtung des Verwaltungshandelns nicht aus der Vorstellung entwickeln zu können, daß die Verwaltung, wie für Lorenz von Stein, „Tat“ und „Arbeit“ sei, sondern nur aus einer begrifflichen Durchdringung der Rechtsformen des den liberalen Staatszweck verwirklichenden Verwaltens, d. h. der Eingriffsverwaltung. In der Entscheidung der neuen Wissenschaft vom Verwaltungsrecht für die Methode eines Positivismus der Rechtsformen obrigkeitlichen Verwaltens äußerte sich die Einordnung der Verwaltungsrechtslehre in die Staatsauffassung des liberalen Rechtsstaates¹⁶¹).

Die erste systematische, nicht nur kompilierende Darstellung des Verwaltungsrechts, die dem von Mohl und Gerber aufgestellten Programm eines rechtsstaatlichen Positivismus folgte, sind F. F. Mayers „Grundzüge des Verwaltungs-Rechts und -Rechtsverfahrens“ (1857)¹⁶²). F. F.

¹⁶⁰) Ueber öffentliche Rechte, 1852, S. 28.

¹⁶¹) Der Zusammenhang des rechtsstaatlichen Formalismus mit den Bedürfnissen der kapitalistischen Wirtschaft (Berechenbarkeit, Illegitimitisierung der Intervention) wird aufgedeckt von Eckart Kehr, Zur Genesis der preuß. Bürokratie und des Rechtsstaates (1932), in: Hans-Ulrich Wehler (Hrsg.), Moderne dt. Sozialgeschichte, 1966, S. 37–54.

¹⁶²) Die 1862 erschienenen „Grundsätze des Verwaltungs-Rechts“ sind eine in Gliederung und Begrifflichkeit verbesserte Umarbeitung der „Grundzüge“.

Mayer unterscheidet drei Hauptrichtungen der Verwaltungstätigkeit¹⁶³):

1. Die „Geschäftsführung“ für den Staat, nämlich die Verwaltung des Staatsvermögens.

2. Die „freie Einwirkung“ auf die Privaten im öffentlichen Interesse durch Belehrung, Aufmunterung und Leistungsgewährung, besonders durch Anstalten, die „öffentliche Wirtschafts- und Kulturpflege“¹⁶⁴).

3. Die mit rechtlicher Notwendigkeit und kraft gesetzlicher Ermächtigung mit Zwang erfolgende Einwirkung auf die Privaten zur Wahrung der Rechte und Interessen der Gesamtheit. Der Bestimmung der dritten Tätigkeitsgruppe ist die Bemerkung angefügt: „... und diese Seite der Verwaltung ist es, die hier zu betrachten ist.“

Die bei F. F. Mayer bereits deutlich angelegte Reduzierung des verwaltungsrechtlichen Blickwinkels auf die Rechtsformen obrigkeitlichen Verwaltungshandelns ist bei Georg Meyer klar ausgesprochene methodische Maxime. In der oben¹⁶⁵) erwähnten Abhandlung über das Studium des öffentlichen Rechts wird in entschiedener Absetzung von der Methode Lorenz von Steins eine „juristische Durchdringung des Stoffes“ und eine „rechtswissenschaftliche Konstruktion der verwaltungsrechtlichen Institute“ gefordert. In folgerichtiger Durchführung dieser Methode eliminiert das später veröffentlichte „Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts“ (1883/85) die „Staatspflege“ aus dem Bereich der verwaltungsrechtlichen Theorie¹⁶⁶).

Das Neuartige in dem Lehrbuch Otto Mayers¹⁶⁷), das ihm seinen einzigartigen Rang sichert, ist nicht die juristische Methode, sondern die Konsequenz und Vollkommenheit ihrer Anwendung. Die geläufige Entgegensetzung der „staatswissenschaftlichen“ Methode Georg Meyers und der „rechtswissenschaftlichen“ Methode Otto Mayers verdeckt die Übereinstimmung der Betrachtungsweise beider Autoren hinsichtlich ihres rechtsstaatlich-positivistischen Blickwinkels und knüpft an den sekundären Umstand an, daß Georg Meyer eine geschlossene Theorie des allgemeinen Verwaltungsrechts nicht erreichte und den Schwerpunkt bei der Kompilierung der verwaltungsrechtlichen Materien beließ, während Otto Mayer diesen praktischen Gesichtspunkt beiseitesetzte und so zu einer theoretischen Durchdringung der Begrifflichkeit des allgemeinen Verwaltungsrechts gelangen konnte.

¹⁶³) Grundzüge S. 2 f.; Grundätze S. 10 ff. (hier wird diese Unterscheidung als eine solche nach der materiellen Aufgabe der Verwaltung bezeichnet).

¹⁶⁴) Damit ist der später so genannte Bereich der „Staatspflege“ gemeint; als Abgrenzungskriterium werden sowohl der Inhalt, als auch die Form (Abwesenheit von Zwang) verwandt.

¹⁶⁵) Text zu Anm. 7.

¹⁶⁶) Oben Anm. 104, 105 und Text dazu.

¹⁶⁷) Dt. VerwR 1895/96. Wo nicht besonders angegeben, ist im folgenden stets diese 1. Auflage zitiert.

Otto Mayer bestimmte die Verwaltung als „Tätigkeit des Staates zur Verwirklichung seiner Zwecke“¹⁶⁸). Als (verwaltungs-)rechtlich an dieser Tätigkeit, und also den „Rechtsbegriffen“, deren sich die Rechtswissenschaft „als vornehmsten Hilfsmittels“ bediene¹⁶⁹), zugänglich, kamen diese Verwaltungszwecke hingegen nicht in Betracht. Das Verwaltungsrecht, das das dem Verhältnisse zwischen dem verwaltenden Staat und den ihm dabei bezeugenden Untertanen eigentümliche Recht sei, wird als eine besondere Art des öffentlichen Rechts aufgefaßt, in dem sich die öffentliche Gewalt zeige; das öffentliche Recht sei das der Verwaltung „natürliche“ Recht¹⁷⁰). Die Rechtsinstitute seien für die Rechtswissenschaft notwendig einheitlicher Natur, zivilrechtlich oder öffentlichrechtlich, so daß der Fiskus entweder „als gewöhnlicher Privatmann“ oder „als hoheitliche Macht“ erscheine¹⁷¹). Durch diese Disjunktion begrenzt Otto Mayer die verwaltungsrechtliche Begriffsbildung auf die obrigkeitlichen Rechtsformen des Verwaltens; für ihn wäre die Verfolgung eines Verwaltungszwecks in privatrechtlicher Rechtsform ein Unbegriff. Außerdem wird das öffentliche Recht streng obrigkeitlich gedacht. Die „besondere Rechtsart“ des öffentlichen Rechts wird von Otto Mayer durch die Beteiligung der öffentlichen Gewalt charakterisiert und damit das ausschlaggebende Kriterium für die Abgrenzung der Rechtsinstitute des öffentlichen Rechts von denen des Privatrechts in Subordination dort, Koordination hier gesehen¹⁷²). Diese Disjunktion wird gleichgesetzt mit der Entgegensetzung von Verwaltung und Wirtschaftstätigkeit. Die „privatwirtschaftliche“ Staatstätigkeit, nach Privatrecht sich vollziehend, wird als „fiskalisch“ bezeichnet und der Staat insoweit als seinen „Privatinteressen“ entsprechend wie ein „gewöhnlicher Privatmann“ handelnd vorgestellt¹⁷³).

Der Grundsatz, daß das öffentliche Recht die Form obrigkeitlichen Auftretens des Staates sei, konnte dort nicht widerspruchsfrei durchgehalten werden, wo die Verwaltung während tätig wurde, insbesondere bei den Gemeindebetrieben, der Post und der Bahn, dennoch aber öffentlich-rechtliche Organisations- und Benutzungsverhältnisse bestanden. Diese Erscheinungen des Verwaltens faßt Otto Mayer unter dem Institut der öffentlichen Anstalt zusammen¹⁷⁴). Sie lassen sich, wie dargelegt wird¹⁷⁵), aus dem polizeilichen Staatszweck nicht erklären. Ein „anstaltlicher“ Gesichtspunkt sei hier wirksam, „wie wir den Gegensatz zum Polizeilichen bezeichnen mö-

¹⁶⁸) Dt. VerwR I, 3.

¹⁶⁹) Besprechung von: Ludwig Spiegel, Die Verwaltungsrechtswissenschaft, AöR 25 (1909), 489/490.

¹⁷⁰) Dt. VerwR I, 18, 141 (fehlt in der 2. und 3. Aufl.); 2. Aufl., I, 14 f.

¹⁷¹) Dt. VerwR I, 145.

¹⁷²) Dt. VerwR I, 136 f.

¹⁷³) Dt. VerwR I, 138, 141 (fehlt in der 2. und 3. Aufl.).

¹⁷⁴) Dt. VerwR II, 318. — Hans Jecht a. a. O. S. 12 ff.

¹⁷⁵) Dt. VerwR II, 297; undeutlicher in der 2. und 3. Aufl. (II, 434 ff. bzw. II, 246).

gen“. Damit ist allerdings nicht etwa auf einen besonderen, in den öffentlichen Anstalten wirksamen Verwaltungszweck verwiesen, sondern — wie die beigelegte Erläuterung zeigt — lediglich gemeint, daß das öffentliche Interesse dort verlange, die fraglichen Einrichtungen in der öffentlichen Hand einheitlich zusammenzufassen, „darum darf ihr niemand da hineinfuschen“. Auch bei den öffentlichen Anstalten hebt Otto Mayer das hervor, was obrigkeitlich an ihnen ist.

Die Benutzung einer öffentlichen Anstalt läßt Otto Mayer in öffentlichrechtlicher und in privatrechtlicher Rechtsform zu, nicht ohne die öffentlichrechtliche Anstaltsnutzung als „die natürliche Form der Bestimmung des Verhältnisses zu den Nutzenden“ zu kennzeichnen¹⁷⁶⁾; öffentlichrechtlich bleibe die Anstaltsleistung überall wo in dem Unternehmen, „der Staat seine Besonderheit zu erkennen gibt“¹⁷⁷⁾. Die öffentlichrechtliche Leistungserbringung durch die Anstalt besitzt nun kein obrigkeitliches Moment und so muß Otto Mayer eine Einschränkung seines sonst gebrauchten Kriteriums für das öffentliche Recht machen und einräumen, daß öffentliches Recht nicht nur dort bestehe, wo Befehl und Zwang stattfinde¹⁷⁸⁾. Daß damit ein Fremdkörper in die Strenge der Theorie eindringt, wird deutlich, wo anzugeben ist, wodurch im Einzelfall die öffentlichrechtliche von der privatrechtlichen Nutzungsform abzugrenzen sei. Otto Mayer verwirft einige der gebräuchlichen Gesichtspunkte, um dann darauf zu verweisen, wie die Abgrenzung „von der Wirklichkeit des Rechts“ gemacht worden ist¹⁷⁹⁾, und schließlich „geschichtliche Hergänge“ als Erklärungsgrund anzugeben¹⁸⁰⁾.

In diesem Punkt der öffentlichen Anstalt ist Georg Meyer folgerichtiger: mangels obrigkeitlichen Zwanges handle es sich hier um „bloße Geschäftsführung“¹⁸¹⁾. Demgegenüber ist es Otto Meyers Verdienst, in seiner Lehre von der öffentlichen Anstalt den Versuch gemacht zu haben, auch diesen nicht polizeilich erklärbaren Bereich des Verwaltens in die Theorie des Verwaltungsrechts eingefügt zu haben. Die Außerachtlassung des Zweckmoments allerdings unterwarf die öffentliche Anstalt, die als „große Maschine“ ihren eigenen Gang geht¹⁸²⁾, den aus dem Polizeirecht entwickelten und deshalb einem Leistungsträger nicht angemessenen Kategorien obrigkeitlichen Verwaltungshandelns.

¹⁷⁶⁾ Dt. VerwR II, 321.

¹⁷⁷⁾ Dt. VerwR 2. Aufl. II, 479.

¹⁷⁸⁾ Dt. VerwR 2. Aufl. II, 475.

¹⁷⁹⁾ Dt. VerwR II, 321.

¹⁸⁰⁾ Dt. VerwR II, 323.

¹⁸¹⁾ Lehrbuch a. a. O. 2. Aufl. I, 95. Dochow gibt diese Ansicht in der 4. Aufl. unter dem Eindruck der Lehre von der öffentlichen Anstalt bei Otto Mayer auf (a. a. O. S. 60), an anderer Stelle ist allerdings die alte Auffassung stehen geblieben (vgl. a. a. O. S. 47 f.).

¹⁸²⁾ Dt. VerwR II, 329.

Die juristische Methode der Verwaltungsrechtslehre, die durch Otto Mayer auf ihren unübertroffenen Höhepunkt geführt wurde, ist nichts anderes als der dem bürgerlichen Rechtsstaat entsprechende Blickwinkel, angewandt auf die Theorie des Verwaltungsrechts. Da der Rechtsbegriff des liberalen Vernunftrechts formal war, mußte die an ihm orientierte rechtswissenschaftliche Methode formalistisch, nicht teleologisch sein. Daß darin die Eigenart des verwaltungsrechtlichen Systems Otto Meyers lag, wurde nicht nur von Otto Mayer selbst ausgesprochen¹⁸³⁾, sondern auch von den Zeitgenossen sofort erkannt und hervorgehoben. Laband¹⁸⁴⁾ charakterisierte diese Methode dahin, daß sie dem wissenschaftlichen Verwaltungsrecht die Aufgabe stellte, das rechtliche Moment aus der Gesamtheit der staatlichen Tätigkeit abzulösen und zu isolieren, die rechtliche Beschaffenheit der Mittel theoretisch zu erfassen, mit denen der Staat seine Zwecke verfolge, also die Vielfalt der Verwaltungswirklichkeit auf die typischen Formen, in denen sich ihr rechtlicher Gehalt ausprägte, auf Rechtsverhältnisse und Rechtsinstitute, zurückzuführen¹⁸⁵⁾. Erich Kaufmann¹⁸⁶⁾ brachte die methodische Maxime Otto Meyers auf die knappe Formel, daß er eine „Lehre von den Rechtsformen der öffentlichen Verwaltung“ begründet habe, indem er aus den einzelnen Verwaltungszweigen die allgemeinen Rechtsformen herauspräpariert und die Verwaltung damit aus der Idee des Rechtsstaates entwickelt habe.

Die an dem System Otto Meyers geübte Kritik, soweit sie nicht nur den praktischen Gesichtspunkt betraf¹⁸⁷⁾, griff nicht das erwähnte me-

¹⁸³⁾ „Die Rechtswissenschaft hat es nur mit den Formen zu tun, in welchen zwischen den von ihr beobachteten Rechtssubjekten Willensherrschaft gemäß dem objektiven Recht erscheint“ (Theorie des französischen Verwaltungsrechts, 1886); nach Labands Rezension AöR 2, 1887, 149/152.

¹⁸⁴⁾ Besprechung von Otto Mayer, Theorie des franz. VerwRs, AöR 2 (1887), 149—162. Ebenso Carl Sartorius, Besprechung von: Georg Meyer, Lehrbuch d. Dt. VerwRs, 2. Aufl., Theil I, 1893, VerwArch 3 (1895), 384/385.

¹⁸⁵⁾ Gegen Otto Mayer wandte Laband nur ein, daß sich bei näherem Hinsehen zeige, daß es ein Verwaltungsrecht als „spezifische Art von Recht“ nicht gäbe, sondern daß es ein „Konglomerat“ verschiedenartiger Rechtssätze des Staats-, Privat-, Straf- und Prozeßrechts sei. Nur diese vier Arten des Rechts als nicht weiter auflösbare Kategorien gäbe es, also könne man auch nicht zu spezifischen, dem Verwaltungsrecht eigentümlichen Rechtsprinzipien gelangen (a. a. O. S. 155 f.).

¹⁸⁶⁾ Otto Mayer, VerwArch. 30 (1925), 377/382, 386. Ebenso Dennewitz a. a. O. S. 122.

¹⁸⁷⁾ So etwa, daß Rechtsinstitute des französischen Verwaltungsrechts gewaltsam auf deutsche Verhältnisse übertragen würden (Erich Kaufmann, Artikel: Verwaltung, Verwaltungsrecht, in: v. Stengel / Fleischmann, Wörterbuch d. Dt. Staats- u. VerwRs, 2. Aufl., 1914, III, 688), daß Otto Mayer sich für die neueren Formen des Verwaltens nicht interessiert habe (Kaufmann, O. Mayer a. a. O. S. 382) oder daß die von der modernen Verwaltung gewährten wirtschaftlichen und sozialen Leistungen nicht notwendig in der Form der Anstaltsnutzung stattfänden (ebd. S. 389 f.).

thodische Axiom an, sondern die Unvollständigkeit einer Verwaltungswissenschaft, die nur eine Verwaltungsrechtswissenschaft wäre. Erich Kaufmann forderte, daß zu einem fruchtbaren Verwaltungsrecht die „juristische“ Methode ebenso gehöre, wie die „staatswissenschaftliche“, die „Form“ ebenso wie der „Zweck“ des Verwaltungshandelns¹⁸⁸⁾. Doch war damit nur gemeint, daß die Verwaltung „im weiteren Sinne“, als der Inbegriff der „Leistungen“ des Staates, nach den Zwecken und Aufgaben zu differenzieren sei, deren Erfüllung der Staat anstrebe. Die Verwaltung „im engeren Sinne“, im Verfassungsstaat, beruht auch für Erich Kaufmann auf einer Differenzierung der staatlichen Tätigkeiten nicht nach ihren materiellen Zwecken und Aufgaben, sondern nach ihren Formen; folgerichtig wird das Verwaltungsrecht als das Sonderrecht für die spezifisch „herrschaftliche“ Verwaltungstätigkeit des Staates verstanden¹⁸⁹⁾. Das lief lediglich darauf hinaus, die Verwaltungsrechtslehre als die eigentlich juristische Disziplin durch eine Verwaltungslehre als eine soziologische Disziplin zu ergänzen¹⁹⁰⁾. Damit mochte zwar dem Bedürfnis abgeholfen sein, eine wissenschaftliche Aufbereitung auch der soziologischen und politischen Aspekte der Verwaltung und des Verwaltens zu ermöglichen. Der Formalismus der Verwaltungsrechtslehre aber blieb so unangetastet. Die Zwecke des Verwaltens, die der Formalismus aus dem Recht und der Rechtsbetrachtung vertrieben hatte, bekamen so eine Heimstätte, doch die eigentlich bedeutsame Trennung von Recht und Zweck sowie die Art und Weise wie diese Trennung vorgenommen wurde, blieb erhalten.

Angreifbar ist nicht, daß Otto Mayer — wie schon vor ihm Gerber, F. F. Mayer und Georg Meyer — eine juristische Methode der Verwaltungsrechtslehre wollte, sondern daß er diese juristische Methode nur als eine Theorie der Rechtsformen der Verwaltung verstand, Form und Recht also unter Eliminierung des Zweckes gleichsetzte. Das Ziel dieser Kritik ist jedoch nicht eine wissenschaftliche Fehlleistung, sondern die Idee des bürgerlichen Rechtsstaates und ihr Rechtsbegriff. Es handelt sich somit nicht um einen theoretischen Mangel, sondern um die praktische Entscheidung, die der Theorie zugrundeliegt. Solange Rechtsstaat als bürgerlicher Rechtsstaat vorgestellt wurde, mußte die theoretische Aufarbeitung der sich verrechtlichenden Verwaltung auf die Methode des formalistischen Positivismus angewiesen bleiben.

Mit der Zurückführung des verwaltungsrechtlichen Formalismus auf die Idee des liberalen Rechtsstaates und den in ihr vorausgesetzten Begriff des Rechts ist nicht alles gesagt, was für die positivistische Methode der Behandlung des öffentlichen Rechts charakteristisch gewesen ist. Ebenso wenig ist

¹⁸⁸⁾ Verw., VerwR a. a. O. § 32.

¹⁸⁹⁾ Verw., VerwR a. a. O. § 1.

¹⁹⁰⁾ Vgl. Sigismund Gargas, Verwaltungslehre und Verwaltungsrecht, ZgesStW 59 (1903), 426—433; Fritz Stier-Somlo, Die Zukunft der Verwaltungswissenschaft, VerwArch. 25 (1917), 89—142.

damit eine erschöpfende Analyse der Methodenfrage des wissenschaftlichen Verwaltungsrechts gegeben. Es ist damit lediglich ein Zusammenhang hervorgehoben, der zur Erklärung der „juristischen“ Methode der Verwaltungsrechtslehre beitragen kann und der eine prinzipiellere Abhängigkeit ausdrückt, als der Hinweis auf die Transplantation des zivilistischen Konstruktivismus und auf den Einfluß des französischen *droit administrative*. Eine Erörterung des *staatsrechtlichen* Positivismus würde zu berücksichtigen haben, daß die Eliminierung von Philosophie, Politik und Gesellschaft aus dem juristischen Denken notwendig eine konservative, d. h. antikritische und apologetische Wirkung besitzt¹⁹¹⁾.

Es ist aufschlußreich, daß ein Autor, der nicht den liberalen, sondern einen genossenschaftlichen Rechtsbegriff zur Voraussetzung nahm, auch in der Frage der Methode der Verwaltungsrechtslehre einen anderen Weg ging. Kurt Wolzendorff wandte sich gegen die im Verwaltungsrecht vordringende „begriffsjuristische“ Methode, der er die „teleologische“ entgensetzte; der Grundgedanke des Verwaltungsrechts sei doch das teleologische Moment des Ausgleichs zwischen öffentlichem Interesse und Einzelinteresse¹⁹²⁾. Wie sich Wolzendorff das Fungieren der teleologischen Methode, für die er jetzt den Ausdruck „sozialwissenschaftliche Betrachtungsweise“ gebraucht, vorstellte, läßt sich seiner großen Monografie über den „Polizeigedanken des modernen Staats“ (1918) entnehmen¹⁹³⁾. Dort ist als methodische Richtlinie angegeben, daß ein Verständnis der Grundlagen des Polizeirechts nur zu vermitteln sei durch das „sozialwissenschaftliche Verständnis der staatlichen Zweckgedanken, aus deren geschichtlicher Entwicklung jene entstanden sind“. Am Beispiel der Polizei als einem wesentlichen „Prinzip der Verwaltung“ soll der Nachweis erbracht werden, daß die sozialwissenschaftliche Verwaltungslehre die prinzipielle Erkenntnis von Erscheinungen des Verwaltungslebens fördern könne, eine Erkenntnis, die nicht nur neben der juristischen Erkenntnis des Rechtslebens der Verwaltung, sondern gerade auch für diese von ergänzender Bedeutung sei. Damit ist jedenfalls auf einen Gesichtspunkt hingewiesen, von dem eine soziologische Methode der Verwaltungsrechtslehre auszugehen hätte, nämlich daß „Polizei“ nicht der Prototyp der Rechtsformen des Verwaltens, sondern ein Verwaltungszweck mit spezifischen Rechtsformen ist, deren Kategorien auf die Verwirklichung anderer Verwaltungszwecke nicht ohne weiteres übertragen werden dürfen.

¹⁹¹⁾ Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 1967, S. 41; Peter von Oertzen, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, ungedr. Diss. Göttingen 1953; Walter Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, 1958, S. 152 ff.; Badura, *Die Methoden der neueren Allgemeinen Staatslehre*, 1959, S. 135.

¹⁹²⁾ Besprechung von: Walter Jellinek, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, AÖR 32 (1914), 307.

¹⁹³⁾ Dortselbst S. 2 f., 5.

Das Verschweigen der Verwaltungszwecke durch die formalistische Methode, tatsächlich das stillschweigende Voraussetzen der Staatszwecke des liberalen Rechtsstaates, bewirkte, daß die Rechtsformen der später so genannten Eingriffsverwaltung, vornehmlich des Polizeirechts, zu den Rechtsformen des Verwaltens schlechthin verallgemeinert wurden. Die Rechtsinstitute der Polizeigewalt und Finanzgewalt, „die in ihrer strengen Einseitigkeit die Eigenart des öffentlichen Rechts so entschieden zur Schau tragen“¹⁹⁴⁾, in denen die öffentlichrechtliche Handlungsform mit der Ausübung obrigkeitlicher Gewalt zusammenfiel, prägten so System und Begrifflichkeit des aus der „juristischen“ Methode hervorgehenden Allgemeinen Teils des Verwaltungsrechts. Das hatte zur Folge, daß das im Bereich der Verwaltung vorkommende öffentliche Recht als Subordinationsrecht konzipiert wurde, daß als Alternative nur das „privatwirtschaftliche“ Privatrecht gedacht werden konnte und daß für die Verwaltungstätigkeiten, die weder auf den Polizei- noch auf den Steuerzweck zurückführbar waren, nur die aus der Polizei- und Steuergewalt abgeleiteten Rechtsformen, unter dem Deckmantel des Allgemeinen Teils des Verwaltungsrechts, zur Verfügung standen! Die außerhalb der eigentlichen Staatszwecke des bürgerlichen Rechtsstaates des 19. Jahrhunderts an Bedeutung gewinnenden Verwaltungszwecke der Lenkung und Leistung, die durch die Wirtschafts- und Sozialverwaltung verwirklicht wurden, blieben auf die Rechtsformen der Polizei- und Steuerverwaltung angewiesen¹⁹⁵⁾, sofern sie nicht überhaupt dem Privatrecht überwiesen wurden. Dies lag durchaus in der Logik des Verwaltungsrechts des liberalen Rechtsstaates.

¹⁹⁴⁾ Otto Mayer, Dt. VerwR S. VIII.

¹⁹⁵⁾ Vgl. Ernst Rudolf Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., 1. Bd., 1953, S. 6; Arnold Köttgen, Zur Lehre von den Rechtsquellen des Wirtschaftsrechts, in: Festschrift J. W. Hedemann, 1938, S. 354.

Namensverzeichnis

- Adickes, Franz 41, 48
 Angermann, Erich 24, 27
 Anschütz, Gerhard 34, 35, 36
 Anton, Günther K. 20
 von Aretin 36
- Bachof, Otto 21
 Bähr, Otto 22, 23
 Bechtel, Heinrich 16, 17, 18, 20
 von Beckerath, Herbert 21
 von Berg, Günther Heinrich 32
 Bernatzik, Edmund 33
 Beutler 41
 Birnie, Arthur 16, 20
 von Bismarck, Otto 20
 Böckenförde, Ernst-Wolfgang 25, 27
 Born, Karl Erich 16, 17, 18, 19, 20, 21
 Brügel, Ludwig 27
 Buck, L. 45, 46, 47
 Büsch, Otto 42, 43, 44
- Clapham, John Harald 16, 17
 Conrad, Hermann 31, 34, 35
 Conze, Werner 34
- Dahrendorf, Ralf 18, 19, 21
 Damaschke, Adolf 17
 Dennewitz, Bodo 32, 56
 Diltthey, Wilhelm 34
 Dochow 38, 55
- Erdmann, Gerhard 19
- Fischer, Wolfram 16
 Fleiner, Fritz 39, 49
 Forsthoff, Ernst 15, 24, 28, 39, 51
 Frensdorff 12
 Friedrichs, Karl 45, 47
- Gargas, Sigismund 57
 Gehring, Hans 20, 24
 Genzmer, Stephan 41
 Gerber, Carl Friedrich 22, 23, 28,
 51 f., 57
 von Gneist, Rudolf 22, 24
 Gönner, Nicolaus Thaddäus 34
 Göppert, Heinrich 41
- Grebing, Helga 19
 Grimm, Friedrich Wernhard 33
 Grotefend, G. A. 36
- Harkort, Friedrich 26
 Heffter, Heinrich 41
 Hegel 26, 27
 Helferich 12
 Henderson, W. O. 16, 17
 Hespe, Klaus 51
 Heumann von Teutschenbrunn 31
 Hilse, C. 12
 Huber, Ernst Rudolf 23, 24, 27, 59
 Hue de Grais 36
- Immich 47, 48
- Jebens, A. W. 45
 Jecht, Hans 40, 54
 Jellinek, Georg 39
 Jellinek, Walter 33, 34, 35, 39, 58
 Jesch, Dietrich 24
- Kaelble, Hartmut 18
 Kant 24, 26, 32
 von Katzler, Carl 19
 Kaufmann, Erich 56, 57
 Kehr, Eckart 52
 von Kirchenheim, Arthur 32, 36, 37
 Kleinheyer, Gerd 34
 Knemeyer, Franz-Ludwig 31
 Köttgen, Arnold 39, 41, 42, 59
 Koppelman 48
 Kormann, Karl 46
 Koselleck, Reinhart 34
 Kriele, Martin 58
 Krüger, Herbert 24
 Kulischer, Josef 16
- Laband, Paul 52, 56
 Lambi, Ivo N. 19
 Leisner, Walter 40
 Lindemann, H. 41, 43, 44
 Lindenau 20
 Loening, Edgar 34, 37
 Lux, H. 43, 44

- Maier, Hans 15, 24, 31, 32, 33, 34
 Majerczik, Wilhelm 43, 45, 48
 von Mangoldt, C. E. 12
 Maschke, Erich 18
 Mayer, F. F. 11, 22, 52 f., 57
 Mayer, Franz 3
 Mayer, Otto 12, 13, 15, 22, 24, 25,
 28, 37, 38, 39, 48, 52, 53 ff., 59
 (von) Meier, Ernst 11, 12, 36
 Mejer, Otto 12
 Merkl, Adolf 36
 Meyer, Georg 12 f., 15, 28, 36, 37, 38,
 53, 55, 56, 57
 von Mohl, Robert 22 f., 24, 26, 27,
 32, 52
 Morsey, Rudolf 19
 Moser, Johann Jakob 32

 Nöll-Freund 45, 46, 47, 48

 von Oertzen, Peter 51, 58
 Oppenheim, Heinrich Bernhard 27

 von Pfuhlstein 47, 48
 Piepenbrock, Rudolf 28, 31, 32
 Platz 42, 43, 44
 Pözl, Joseph 11, 32, 36
 Pütter, Johann Stephan 32, 33 f.

 Rieß, Alfons 42, 43
 Ritter, Gerhard A. 19
 Ritter, Ulrich Peter 16
 Roberts, Elmer 21
 Roesler, Hermann 28
 Roscher 11
 Rosenthal, Eduard 20, 27
 Rosin 20, 34, 35
 Rübner, Wolfgang 15, 19, 33, 38, 40,
 41, 42, 48

 Sartorius, Carl 56
 Sartorius von Waltershausen 16, 17
 von Sarwey, Otto 32, 36, 47
 von Scheel, Hans 28
 Schinkel, Harald 32, 34
 Schmelzeisen, Gustav Klemens 31
 Schmitthenner, Friedrich 26
 Schmoller 27
 Schönberg, A. 44
 Schraepler, Ernst 20, 26
 Schulze, Hermann 23
 Sohm, Rudolph 21
 Sombart, Werner 16, 18
 Spiegel, Ludwig 54
 von Stein, Lorenz 11, 13, 27, 52, 53
 von Stengel, Karl Freiherr 36, 37
 Stern, Klaus 41, 42, 43, 44
 Stier-Somlo 46, 57
 Stolper, Gustav 16, 17, 41
 Svarez, Carl Gottlieb 34, 35

 Thoma, Richard 15, 36
 Touchard, Jean 28
 Treue, Wilhelm 21
 von Tuhr, Andreas 49

 Ulbrich, Josef 28, 29, 37

 Vogt, H. 43, 44
 Voßler, Otto 21

 Wacke, Gerhard 35
 Webb, Beatrice 28
 Webb, Sidney 41
 Wilhelm, Walter 51, 58
 Wilhelmi, Hans Herbert 19
 Wippermann, Otto 43, 48
 Wolff, Christian 24, 31
 Wolzendorff, Kurt 24, 31, 33, 34, 35
 58

GÖTTINGER RECHTSWISSENSCHAFTLICHE STUDIEN

Herausgegeben von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen

Band 1: Das neue Bild des Strafrechtssystems

Eine Einführung in die finale Handlungslehre
von Prof. Dr. Hans Welzel

4., erweiterte Auflage 1961, XII/81 Seiten, kartoniert 9,20 DM

Band 2: Die internationale Donau

von Prof. Dr. Wilhelm Wegener

1951, 82 Seiten, kartoniert 5,40 DM

Band 3: Rechtsprobleme in Staat und Kirche

Festschrift für Rudolf Smend

1952, X/447 Seiten, Halbleinen 16,80 DM

**Band 4: Die Sozialisierung in der sowjetischen Besatzungszone
Deutschlands als Rechtsproblem**

von Dr. Eckart Krömer

1952, 184 Seiten, kartoniert 8,80 DM

Band 5: Die Göttinger Juristenfakultät als Spruchkollegium

von Dr. Engelbert Klugkist,
mit einer Einführung von Prof. Dr. Hans Fehr

1952, 137 Seiten, kartoniert 5,80 DM

Band 6: Die Willkür

von Prof. Dr. Wilhelm Ebel

1953, 78 Seiten, kartoniert 5,— DM

**Band 7: Einzelrichter und Kollegium im italienischen und
deutschen Zivilprozeß**

von Prof. Dr. Hans Otto de Boor

1953, 105 Seiten, kartoniert 6,80 DM

Band 8: Das Problem der überholenden Kausalität

von Dr. Hans-Joachim Knappe

1954, 124 Seiten, kartoniert 6,80 DM

Band 9: Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart

von Prof. Dr. Werner Weber

2., erweiterte Auflage 1967, 163 Seiten, kartoniert 14,50 DM

Band 10: Festschrift für Hans Niedermeyer

1953, 294 Seiten, Halbleinen 19,20 DM

VERLAG OTTO SCHWARTZ & CO · GÖTTINGEN

GÖTTINGER RECHTSWISSENSCHAFTLICHE STUDIEN

Herausgegeben von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen

Band 11: Die Werke und Einrichtungen der evangelischen Kirche

von Dr. Gü n t e r W a s s e
1954, XIV/180 Seiten, kartoniert 13,80 DM

Band 12: Beiträge zur Entwicklung des Kirchenrechts

von Prof. Dr. Richard Honig
1954, 62 Seiten, kartoniert 5,60 DM

Band 13: Die europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus

von Prof. Dr. Friedrich Schaffstein
1954, 80 Seiten, kartoniert 7,90 DM

Band 14: Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie

von Prof. Dr. Armin Kaufmann
1954, XVIII/312 Seiten, Halbleinen 19,80 DM

Band 15: Grundprobleme des internationalen Wirtschaftsrechts

von Prof. Dr. Georg Erler
1956, IX/215 Seiten, Ganzleinen 19,80 DM

Band 16: Die Verfassung der Göttinger Universität in drei Jahrhunderten

von Dr. Ernst Gundelach
1955, VIII/187 Seiten, Ganzleinen 14,80 DM

Band 17: Die Städte im Landkreis

von Dr. Frido Wagener
1955, XII/276 Seiten, Ganzleinen 19,80 DM

Band 18: Der zwischenstaatliche Zahlungsverkehr auf der Grundlage internationaler Zahlungsabkommen

von Dr. Wolf Dieter Wabnitz
1955, VIII/159 Seiten, Ganzleinen 16,80 DM

Band 19: Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich

von Prof. Dr. Konrad Hesse
1956, XVII/176 Seiten, Ganzleinen 19,80 DM

Band 20: Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit

von Privatdozent Dr. Gü n t e r B e m m a n n
1957, VI/65 Seiten, kartoniert 6,50 DM

VERLAG OTTO SCHWARTZ & CO · GÖTTINGEN

Herausgegeben von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen

Band 21: Strafrechtliche Untersuchungen

von Prof. Dr. Paul Bockelmann
1957, IV/274 Seiten, Ganzleinen 22,80 DM

Band 22: Die geschichtliche Entwicklung des deutschen Urheberrechts

von Dr. Ludwig Gieseke
1957, 156 Seiten, kartoniert 9,20 DM

**Band 23: Die freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft
und das Zensurverbot des Grundgesetzes**

von Dr. Johanne Noltenius
1958, VI/154 Seiten, kartoniert 14,80 DM

Band 24: Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland

von Prof. Dr. Wilhelm Ebel
2. Auflage 1958, 107 Seiten, kartoniert 7,50 DM

Band 25: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit der evangelischen Kirche

von Privatdozent Dr. Hartmut Maurer
1958, XV/173 Seiten, kartoniert 13,80 DM

Band 26: Das Grundrecht der deutschen Universität

von Prof. Dr. Arnold Köttgen
1959, VIII/78 Seiten, kartoniert 9,50 DM

Band 27: Die Lebensbewährung

der als „unerziehbar“ entlassenen Fürsorgezöglinge

von Dr. Walter Piecha
1959, XII/204 Seiten, kartoniert 14,— DM

**Band 28: Die Wahlorgane und das Wahlverfahren bei Bundestags- und
Landtagswahlen**

von Dr. Klaus Otto Nass
1959, XXII/244 Seiten, kartoniert 15,80 DM

Band 29: Gefährdungshaftung

von Prof. Dr. Gerd Rinck
1959, VI/39 Seiten, kartoniert 4,80 DM

Band 30: Humanitas und Rhetorik in spätrömischen Kaisergesetzen

von Prof. Dr. Richard M. Honig
1960, VII/192 Seiten, kartoniert 24,60 DM

GÖTTINGER RECHTSWISSENSCHAFTLICHE STUDIEN

Herausgegeben von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen

Band 31: Die Rathausparteien

von Dr. Werner Grundmann
1960, X/111 Seiten, kartoniert 12,80 DM

**Band 32: Demokratischer Zentralismus und kommunale Selbstverwaltung
in der sowjetischen Besatzungszone Deutschlands**

von Dr. Joachim Türke
1960, X/222 Seiten, kartoniert 16,10 DM

Band 33: Disziplinargerichtsbarkeit in der evangelischen Kirche

von Dr. Karl Hansch
1961, VIII/160 Seiten, kartoniert 15,80 DM

**Band 34: Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmer-
initiative im Bereiche der Wasserversorgung und Abwasserbesei-
tigung**

von Prof. Dr. Arnold Köttgen
1961, X/95 Seiten, kartoniert 12,60 DM

Band 35: Die Stiftung des öffentlichen Rechts

von Dr. Harry Ebersbach
1961, VIII/91 Seiten, kartoniert 14,80 DM

**Band 36: Der Rechtsbesitz im geltenden Sachen- und Immaterialgüter-
recht**

von Prof. Dr. Hans-Martin Pawlowski
1961, IX/139 Seiten, kartoniert 19,— DM

Band 37: Studie über ein Goslarer Ratsurteilsbuch des 16. Jahrhunderts

von Prof. Dr. Wilhelm Ebel
1961, VIII/137 Seiten, kartoniert 13,80 DM

Band 38: Johann Stephan Pütters Reichsbegriff

von Dr. Ulrich Schlie
1961, V/61 Seiten, kartoniert 8,80 DM

Band 39: Das Feiertagsrecht

von Dr. Gebhard Dirksen
1961, X/162 Seiten, kartoniert 19,80 DM

Band 40: Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle

1961, 286 Seiten, Ganzleinen 28,80 DM

VERLAG OTTO SCHWARTZ & CO · GÖTTINGEN

Band 41: Staat und Kirche in Frankreich

von Privatdozent Dr. Axel Freiherr von Campenhausen
1962, XVII/172 Seiten, kartoniert 19,80 DM

Band 42: Der Normzweck im Deliktsrecht

von Prof. Dr. Josef-Georg Wolf
1962, VIII/62 Seiten, kartoniert 8,80 DM

**Band 43: Das Problem der Vertragsschließung
und der vertragsbegründende Akt**

von Dr. Demetrios Bailas
1962, VIII/98 Seiten, kartoniert 13,80 DM

Band 44: Das Tonband im Verfahrensrecht

von Dr. Herwig Roggemann
1962, X/156 Seiten, kartoniert 19,80 DM

**Band 45: Konkrete und abstrakte Bedarfsdeckung in der
Sachversicherung**

von Dr. Gerrit Winter
1962, VIII/127 Seiten, kartoniert 13,60 DM

Band 46: Die Gesetzesumgehung

von Dr. Arndt Teichmann
1962, VIII/122 Seiten, kartoniert 17,50 DM

**Band 47: Die finale Handlungslehre Welzels
im Spiegel der italienischen Strafrechtsdogmatik**

von Dr. Gerhard Dannert
1963, VIII/147 Seiten, kartoniert 19,80 DM

**Band 48: Kognitur und Prokuratur in rem suam
als Zessionsformen des klassischen römischen Rechts**

von Dr. Wulf-Dieter Gehrich
1963, VI/100 Seiten, kartoniert 19,80 DM

**Band 49: Der Beitrag Benedikt Carpzovs zur Entwicklung
des Kollisionsrechts**

von Dr. Günter Merzyn
1963, VI/70 Seiten, kartoniert 8,80 DM

Band 50: Das Recht der Politischen Parteien

von Prof. Dr. Wilhelm Henke
1964, XII/237 Seiten, Ganzleinen 35,60 DM

GÖTTINGER RECHTSWISSENSCHAFTLICHE STUDIEN

Herausgegeben von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen

Band 51: Internationale Rechtspflege und Nationale Staatsgewalt

von Dr. Detlef Heise

1964, XIV/200 Seiten, kartoniert 28,— DM

Band 52: Der Öffentlichkeitsauftrag der Kirche

von Dr. Wolfgang Conrad

1964, XVI/142 Seiten, kartoniert 19,80 DM

Band 53: Die Bedeutung der Tat im Jugendstrafrecht

von Dr. Olaf Miehe

1964, XIV / 138 Seiten, kartoniert 22,80 DM

Band 54: Die Teilrechtskraft im Strafverfahren

von Prof. Dr. Gerald Grünwald

1964, XIV/394 Seiten, Ganzleinen 44,— DM

Band 55: Die Zwangsvollstreckung gegen Bund, Länder, Gemeinden und andere juristische Personen des öffentlichen Rechts

von Dr. Werner Miedtank

1964, X/144 Seiten, kartoniert 22,80 DM

Band 56: Die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute

von Dr. Uwe Twiehaus

1965, XII/174 Seiten, kartoniert 19,— DM

Band 57: Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen

von Prof. Dr. Hans - Martin Pawlowski

1966, XIV/365 Seiten. Ln. 59,80 DM

Band 58: Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz

von Dr. Hans - Joachim Rudolphi

1966, IX/198 Seiten, kartoniert 29,— DM

Band 59: Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß

von Dr. Bruno Rimmelspacher

1966, IV/254 Seiten, kartoniert 39,50 DM

Band 60: Der prima-facie-Beweis bei Schadensersatzansprüchen aus Delikt und Vertrag

von Dr. Enka Pawlowski

1966, XII/112 Seiten, kartoniert 18,80 DM

VERLAG OTTO SCHWARTZ & CO · GÖTTINGEN

GÖTTINGER RECHTSWISSENSCHAFTLICHE STUDIEN

Herausgegeben von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen

- Band 61: Rechtsprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in wirtschaftswissenschaftlicher Analyse**
unter besonderer Berücksichtigung der Freizeichnungsklausel
von Dr. Helmut Kliege
1966, X/158 Seiten, kartoniert 19,80 DM
- Band 62: Der Befreiungsanspruch**
zugleich ein Beitrag zum arbeitsrechtlichen Freistellungsanspruch
von Dr. Walter Gerhardt
1966, VIII/147 Seiten, kartoniert 23,70 DM
- Band 63: Die Rechtsstellung der Sondernutzungsberechtigten im Wasserrecht**
von Dr. Dieter Hundertmark
1967, XVI / 180 Seiten, kartoniert 29,— DM
- Band 64: Die Rückfälligkeit junger Strafgefangener**
zugleich ein Beitrag zur Prognoseforschung
von Dr. Manfred Klappdor
1967, IX / 261 Seiten, kartoniert 38,80 DM
- Band 65: Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung**
von Dr. Hans-Werner Laubinger
1967, XIII / 207 Seiten, kartoniert 34,50 DM

VERLAG OTTO SCHWARTZ & CO · GÖTTINGEN